

المبادئ القانونية العامة

تأليف
الدكتور أنور سلطان
وكيل جامعة الاسكندرية (سابقاً)
الأستاذ بجامعة بيروت العربية

١٩٧٤

دار النهضة العربية
للطباعة والنشر

بيروت - ص.ب ٧١٩

المبادئ القانونية العامة

المبادئ القانونية العامة

(لطلبة كلية التجارة)

تأليف
الدكتور أنور سلطان
وكيل جامعة الاسكندرية (سابقاً)
الاسكندرية - مكتبة تيموثاوس

١٩٧٤

دار النهضة العربية
مطبعة دار النهضة

بيروت - ص.ب. ٧٤٩

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تنويه

سنلتزم في دراستنا للمبادئ القانونية العامة التي يتعين على طالب كلية التجارة الاثام بها التبسيط ما أمكن ، والوقوف عند المبادئ الأساسية ، دون الدخول في التفاصيل الفرعية أو استعراض أوجه الخلافات النظرية أو التعرض للمدارس الفقهية التي لا يستلزمها تكوين هذا الطالب علمياً .

بل سنحرص على الإيجاز مع الإيضاح حتى لا تضيع الأصول الأساسية في خضم التفاصيل الجانبية .

والله الموفق

خطة البحث

١ - سنتناول في هذه الدراسة الخاصة بمقرر القانون لطلبة كلية التجارة البحث في الموضوعات الآتية :

أولا - القانون

ثانيا - الحق

ثالثا - مبادئ نظرية الالتزام

وسنقتصر فيها على دراسة القواعد التي تحكم العقد وهو أهم المصادر الإرادية للالتزام ، ثم تتبع ذلك بمرض لبعض أحكام الالتزام .

القسم الأول

القانون

مقدمة

٣ - الغرض من دراسة علم أصول القانون :

لكل علم من العلوم مقدمة لا بد من التعرف عليها وفهمها حتى يسهل على المرء دراسة ذلك العلم والاحاطة به .

وعلم أصول القانون هو المقدمة التي تعين وتساعد على فهم القواعد القانونية ، لأن هذا العلم يبحث في المبادئ الأساسية التي تقوم عليها القوانين الوضعية . فهو يتناول بالبحث : القانون وخصائصه ، وأشخاصه ، والعلاقات التي ينظمها ، ومصادره ، وتفسيره ، وتطبيقه .
كما يتعرض للحق ، وأقسامه ، ونشأته ، وزوله ، وحمايته .

٤ - التعريف بالقانون وخصائصه :

القانون هو مجموعة القواعد المنظمة للروابط الاجتماعية ، والتي تحمل الدولة الأشخاص على احترامها ولو بالقوة عند الضرورة .

إذا حللنا هذا التعرف تبين لنا أن للقانون الخصائص الآتية :

أولاً أن القانون مجموعة قواعد اجتماعية . ثانياً أن القانون مجموعة قواعد سلوك . ثالثاً أن القانون مجموعة قواعد عامة مجردة . رابعاً أن القانون مجموعة قواعد ملزمة .

• - الخصيصة الأولى - القانون مجموعة قواعد اجتماعية :

القانون لا يعني بالإنسان المنفرد ، لأن الإنسان المنفرد « كرينصون كروور » لا وجود له إلا في مخيلة الكتاب والفلاسفة ، ولو فرض وجود بالفعل ، فإنه لا تربطه بغيره روابط اجتماعية حتى يتدخل القانون لتنظيمها .

فالقانون ما نشأت فكرته وما وجد إلا لتنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض باعتبارهم أعضاء من جماعة واحدة ، فيقوم أي القانون ، بالحد من حرياتهم وإزالة ما بينها من تضارب ، والتوفيق بين مصالحهم ورفع ما بينها من تضارب ، وتنظيم أعمالهم والروابط التي تنشأ بينهم بحكم الاتصال وتبادل المنافع ، على أساس يتحقق به التناسق الاجتماعي .

والقانون بهذا الوصف يعتبر أسبق تاريخياً في نشأته من نشأة الدولة ، إذ عرفت الجماعات البدائية الأولى ، عرقته القبيلة ثم الاقطاعية ثم الدولة .

والقانون باعتباره مجموعة قواعد اجتماعية يختلف من دولة الى دولة ، كما يختلف في نفس الدولة من عصر الى عصر ، أي أن القانون يتطور بتطور الجماعة حتى يستجيب دائماً الى حاجياتها وإلى مقتضيات الزمن الذي تعيش فيه .

والقانون في تنظيمه لأعمال الناس وعلاقاتهم لا يتناول منها الا قدرا معيناً . فهو لا يتعرض لواجب الانسان نحو ربه وعلاقته بخالقه : ولا لواجبه نحو نفسه : وكذلك لا يتعرض لبعض واجبات الانسان نحو الغير . بل يترك الاهتمام بها وتنظيمها الى الدين والاخلاق . أي أن القانون لا يتفرد بتنظيم علاقات الناس في المجتمع ، بل تشاركه في ذلك قواعد الدين وقواعد الاخلاق .

٦ - الخصيصة الثانية - القانون مجموعة قواعد سلوك :

ان القانون باطراد تطبيقه على نفس الاشخاص وعلى ما يقوم بينهم من روابط اجتماعية متكررة ، يخلق نظاما متناسقا لا يمتريه خلل ولا يتطرق اليه فساد . هذا النظام . هو الجامع بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية كقانون الجاذبية . ولو ان القارق بينهما ان الاولى أي القواعد القانونية تطاع عن شعور واردة ، بينما الثانية تطيعها الظواهر الطبيعية لا عن شعور ولا عن ارادة ، ولا تلك الا اطاعتها .

والقانون بهذا الوصف يعتبر قاعدة سلوك ، فهو ينظم سلوك الافراد عن طريق النهي عن أمر كالنهي عن الاضرار بالغير (م ١٢٢ موجبات و ١٦٣ مدني) : أو اباحة امر كإباحة التعامل في الاشياء المستقبلية الا ما استثنى منها (م ١٨٨ موجبات و ١٣١ مدني) ، أو التكليف بأمر كالقوانين الخاصة بدفع الضرائب .

٧ - الخصيصة الثالثة - ان القانون مجموعة قواعد عامة مجردة :

من خصائص القاعدة القانونية أنها عامة مجردة ، بمعنى انها تنطبق على كل شخص توافرت فيه صفات معينة ، وعلى كل علاقة استكملت شروطا معينة ، وبعبارة اخرى ان القاعدة القانونية لا تنصرف الى شخص

معين بالذات او الى واقعة معينة بذاتها . ولكن لا يشترط لتوافر صفة العمومية انطباق القاعدة القانونية على جميع افراد المجتمع ، اذ قد يقتصر تطبيقها على طائفة أو على فريق منه توافرت فيه صفات معينة .

فالقانون التجاري يقتصر على تنظيم العلاقات بين التجار ، بينما القانون المدني ينصرف الى جميع افراد المجتمع ، وهذا لا يمنع من الاعتراف بصفة العمومية والتجريد للقانون التجاري . بل ان من القوانين ما ينطبق على فرد واحد، ما دام هذا الفرد منظورا اليه بصفته لا بذاته كالقانون المنظم لسلطات رئيس الدولة . وعلى هذا النحو اذا كانت القواعد المنظمة لاكتساب الجنسية أو لاسقاطها تعتبر قواعد قانونية لأنها قواعد عامة مجردة : فان القرار الصادر بمنح الجنسية لشخص أو بتجريد منه لا يعتبر قانونا لأنه موجه الى شخص معين بالذات .

والتجريد والعموم في القاعدة القانونية لا يقتصر على من تتوجه اليهم بخطابها من الاشخاص . بل ان لهذه الخصيصة وجهة اخرى تتعلق بوضوح التاعده . فالقاعدة القانونية عامة مجردة بمعنى انها تنصرف الى عدد غير محدد من العلاقات المتماثلة التي تتوافر فيها شروط معينة كالتواعد الخاصة بالبيع أو الايجار أو الهبة ، اذ كل بيع او ايجار او هبة توافر فيه الشروط القانونية . تطبق عليه احكام هذه القواعد ويرتب الآثار التي تقررها كالأثر الخاص بنقل الملكية أو ضمان التعرض أو الاستحقاق في البيع .

وبناء على ما سبق لا يعتبر قانونا الأمر أو القرار الخاص بعلاقة أو بعمل معين بالذات ، كالقرار الصادر بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة ، أو باغلاق محل عمومي .

٨ - الخصوصية الرابعة - ان القانون مجموعة قواعد ملزمة :

مجرد تقرير القواعد القانونية لا يكفي لاقامة النظام الاجتماعي ، بل لا بد من ان يصبحها جزءا على من يخالفها أو يخرج على احكامها ، هذا الجزء هو الذي يحمل الناس على احترامها ، ولو ان الكثير منهم يطيعونها ويمثلون بها لا رهبة ولا خوفا من الجزء ، بل علما بما في احترامها والانقياد لأحكامها من استقرار للنظام الاجتماعي وحفاظ عليه . والجزء كما عرفه البعض من الفقهاء « شر معلق على شرط مخالفة القانون بقصد حل الانسان على اطاعة احكامه والعمل بمقتضاه » .

ويمتاز الجزء في القواعد القانونية بأنه دينوي . أي يوقع على الانسان في الحياة الدنيا ، وتتولى الدولة توقيعه بمالها من قوة لا قبل للأفراد على مغالبتها . وفي هذا تختلف قواعد القانون عن قواعد الدين وقواعد الأخلاق: فقواعد الدين الجزء على مخالفتها أخروي أي يوقع في الحياة الآخرة ، وقواعد الاخلاق الجزء على مخالفتها يتمثل في احتقار المجتمع وسخط الرأي العام .

ولللجزء صور عدة : يختلف ويتباين باختلاف القواعد القانونية :

ففي المسائل الجنائية يكون الجزء بتوقيع عقوبة بدنية كالحبس ، أو مالية كالغرامة ، وبمقوبة تبعية كالغلق والمصادرة ؛ كما قد يرتب على توقيع العقوبة الجنائية الحرمان من بعض الحقوق المدنية كالحق في تولي الوظائف العامة .

وفي المسائل المدنية يتنوع الجزء : فقد يكون تعريضا ماليا ، أو تنفيذا على اموال المدين المتعنت ، أو حكما ببطالان الاتفاق المخالف للقانون .

وفي المسائل الادارية قد يكون الجزاء الذي يوقع على الموظف هو
الانذار أو الخصم ، أو التنزيل من الدرجة أو الفصل . وقد يصحب الفصل
عقوبات تبعية كالحرمان من المعاش أو المكافاة .

وفي مسائل الاجراءات (اصول المحاكمات المدنية ، وقانون تحقيق
الجنايات) يكون الجزاء الحكم بىطلان الاجراءات المخالفة لأحكام هذين
القوانين ، كالحكم بىطلان صحيفة الدعوى .

٩ - صلة القانون بعلوم الاجتماع :

القانون كما سبق أن رأينا ينظم روابط الافراد بعضهم ببعض
باعتبارهم اعضاء في جماعة واحدة ، أي أن القانون علم اجتماعي ، ويتميز
لهذه الغلة ببيان صلتة بسائر العلوم الاجتماعية الاخرى كعلم الاجتماع ،
وعلم السياسة ، وعلم الاقتصاد ، وعلم النفس ، وعلم الاخلاق .

ف عندما ينظم القانون روابط الأسرة يتأثر بعلم الاجتماع ويسترشد
بمبادئه ، وإذا تعرض لتنظيم السلطات العامة وادارتها وعلاقاتها بالافراد
ينصل بعلم السياسة ، وإذا صاغ قواعد المعاملات المالية اقترب من علم
الاقتصاد ، وإذا اهتم بكيفية ادراك الافراد لمفهوم القواعد القانونية ،
وكيفية رضوخهم لأحكامها اتصل بعلم النفس .

١٠ - صلة القانون بعلم الاخلاق :

يتصل القانون اتصالاً وثيقاً بعلم الاخلاق لأن الكثير من المبادئ
القانونية تقوم على أسس اخلاقية . فالقانون مثلاً يعاقب على القتل
والسرقة والاضرار بالغير بوجه عام ، وقواعد الاخلاق تحرم كل ذلك .
والقانون يلزم المتعاقدين بتنفيذ التزاماتهم ، وقواعد الاخلاق تدعو الى الوفاء
بالمعهد .

على أن اتصال علم القانون بعلم الأخلاق لا يمنع من الفصل بينهما
وتحديد دائرة كل منهما . فقواعد الأخلاق أوسع نطاقا من قواعد القانون،
أذ تشمل واجب الإنسان نحو نفسه وواجبه نحو الغير ، على حين أن
القانون لا يتعرض إلا لبعض واجبات الإنسان نحو الغير ، وهي الواجبات
التي إذا تركت بفرضها وبغير جزاء مادي لعمت الفوضى ولأختل النظام
الاجتماعي .

وقد قيل أنه حتى بالنسبة لهذا القدر من الواجبات والأعمال التي
يشارك القانون في تنظيمها مع الأخلاق ، تختلف قواعد القانون عن قواعد
الأخلاق . أذ ينسأ الأولى لا تعني إلا بالأعمال الخارجية ، فإن الثانية تهتم
علاوة عليها بالبواطن والنية . غير أن هذا القول مردود ، لأنه إن صح
أن القانون لا يهتم بالنية وحدها ، فإنه يوليها عنايته إذا صحبها أعمال
خارجية ، وفي القواعد الخاصة بحسن وسوء النية ، وبالفش والتدليس ،
وفي اهتمام قانون العقوبات بالركن المعنوي لكثير من الجرائم الدليل
على هذا .

أذن فالقانون يلتقي بعلم الأخلاق ويشارك معه في تنظيم بعض واجبات
الفرد نحو غيره ، ومع ذلك فإن كلا منهما ينتظم قواعد يجعلها الآخر .
فبينما يحتوي علم الأخلاق على قواعد تنظم واجبات الفرد نحو نفسه ،
وهو ما لا يعني به علم القانون ، نجد أن هذا الأخير يضم قواعد لا تمت
إلى الأخلاق بصلة كقواعد الإجراءات . أو تتعارض مع مبادئ الأخلاق
كالقواعد المنظمة لسر القائدة ، أو لسقوط الحقوق واكتسابها بالتقادم .

وعلم القانون وعلم الأخلاق إذا كانا مختلفان من حيث نطاق كل
منهما ، فهما يختلفان أيضا من ناحية الجزاء ومن ناحية الغاية .

فالجزاء على مخالفة القواعد القانونية جزاء مادي تولي توقيعه الدولة ، في حين ان الجزاء على الخروج على مبادئ الاخلاق جزاء معنوي يتمثل في احتقار المجتمع وسخط الرأي العام .

والغاية التي يرمي القانون اليها غاية نفعية ، هي اقامة النظام الاجتماعي والسهر على حمايته ، بينما تهدف قواعد الاخلاق الى تحقيق الكمال ، لانها تتطلب من الشخص احترام انسانيته وانسانية غيره .

١١ - صلة القانون بالدين :

الدين هو مجموعة الاوامر والنواهي التي أنزلها الله سبحانه وتعالى على رسله لهداية الانسان وتحقيق سعادته في الدنيا والآخرة .

ويختلف نطاق الدين عن نطاق الاخلاق والقانون . فالدين يتناول واجبات الانسان نحو نفسه ونحو غيره . أما الأخلاق فتتناول واجبات الانسان نحو نفسه ونحو غيره ، في حين أن القانون يقتصر على واجبات الانسان نحو غيره .

وبجانب هذا الوجه من أوجه الخلاف ، يختلف الدين كذلك عن الاخلاق والقانون من حيث الجزاء . فالجزاء على مخالفة أحكام الدين جزاء أخروي هو المذاب في الحياة الآخرة . أما الجزاء على مخالفة مبادئ الاخلاق فهو كما سبق أن رأينا ، جزاء دنيوي معنوي يتمثل في استنكار الرأي العام ، وان الجزاء على مخالفة قواعد القانون جزاء دنيوي مادي تولي السلطة العامة في الدولة توقيعه .

غير ان اوجه الخلاف السابقة الذكر لا تمنع من ان مبادئ الاخلاق تتفق في أصولها مع أحكام الدين ، وان الكثير من القواعد القانونية ينطوي

على حقيقة أخلاقية ، وبذلك تستبين الصلة بين الدين والأخلاق والقانون .
بل وأكثر من ذلك ، فقد يصيغ القانون من بعض أحكام الدين قواعد
قانونية : كما هو الحال في مسائل الوقف والميراث والوصية والولاية
على المال .

١٢ - القانون بين المذهبين الفردي والاشتراكي :

ساد المذهب الفردي (la doctrine individualiste) في القرنين
السابع عشر والثامن عشر . ويهدف هذا المذهب الى تقديس الحرية
الفردية ، ويجعل للقانون غاية واحدة هي ضمان هذه الحرية . ويتحقق
هذا الضامن عن طريق رفع التناقضات بين حريات الافراد ، ولذا يقتصر دور
القانون على تقييد هذه الحريات بالقدر الذي يضمن للجميع التمتع
بحقوقهم وحرياتهم على قدم المساواة ، ولذا يقال أن دور القانون في ظل
هذا المذهب هو دور سلبي ، قاصر على تحقيق هذه الحرية دون التدخل
في شؤون الافراد .

وقد أثر هذا المذهب على الفلسفة القانونية والاجتماعية والاقتصادية،
فسادت فكرة القانون الطبيعي في مجال الفلسفة القانونية ، وظهرت فكرة
العقد الاجتماعي في مجال الفلسفة الاجتماعية ، وانتصرت فكرة الحرية
الاقتصادية في مجال الفلسفة الاقتصادية ، ومحوّر هذه الأفكار جميعها هو
اعتماد الحرية الفردية واستقلال الارادة كأساس للنظم القانونية والاجتماعية
والاقتصادية ، وقد انطبعت هذه الأفكار في اذهان واضعي قانون نابليون،
فصدر هذا القانون وبالتالي القوانين التي نقلت عنه مشبعة بالمذهب
الفردي .

على ان انصار المذهب الفردي ما لبثوا ان غالوا فيه الى حد ان ردوا

الى الارادة جميع الالتزامات ، بل وجعلوا من الارادة مصدر جميع الحقوق ، فالملكية مثلا مبنية على الارادة ، بل هي الارادة الحرة في العالم المادي .

وقد وصل هذا الاغراق من اصحاب المذهب الفردي في تمجيد الارادة الى معاناة الحقيقة ، والجري وراء افتراضات لا تمت الى الواقع بصلة ، وقد كان من نتيجة ذلك ان ظهر المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي .

ويهدف المذهب الاشتراكي (doctrine socialiste) الى تحقيق صالح الجماعة ، ولا ينظر الى مصلحة الفرد الا من خلال هذا الصالح الجماعي ، ولذا يكون للقانون فيه دور ايجابي لا يقتصر على المحافظة على النظام في المجتمع ، بل يرمي الى توجيه النشاط الفردي الى ما فيه خير الجماعة وسعادتها .

وعلى هذا النحو تطورت النظرة الى الملكية ووظيفتها ، والى فكرة المقد ودور الارادة في تكوينه وتحديد آثاره .

على أنه اذا كان المذهب الفردي لم يسلم من مثالب وأخصها الاغراق في تقديس الحرية الفردية ، فان المذهب الاشتراكي كذلك - في بعض صوره - لم يسلم من عيب انكار هذه الحرية الى حد التضحية بالفرد تضحية كاملة .

١٢ - تقسيم :

عرفنا القانون بأنه « مجموعة القواعد المنظمة للروابط الاجتماعية ، والتي تعمل الدولة الاشخاص على احترامها ولولا القوة عند الضرورة » . وهذا تعريف عام مجرد للقانون ، لأنه لا ينصرف الى قانون دولة معينة في زمن معين ، بل الى القانون كما هو مشاهد في جميع الدول

وفي كل الازمنة • ولكن اذا حدد لفظ « القانون » بأن قلنا مثلا القانون المصري أو القانون اللبناني في القرن العشرين ، فاننا نقصد بذلك مجموعة القواعد القانونية المعمول بها في دولة معينة وفي زمن معين ، وهذا ما يسمى بالقانون الوضعي ، وهو موضوع دراسة هذا القسم من مؤلفنا ، وستوحي في بحثه الترتيب الآتي :

أولا - الروابط القانونية التي تنشأ بين الاشخاص ، وهو ما يتضمننا التمرض لقروص القانون من ناحية ، ولأنواع القاعدة القانونية من حيث قوة الالتزام من ناحية اخرى •

ثانيا - مصادر القانون ، وهو ما يتطلب الكلام أولا في المصادر الرسمية والاحتياطة للقانون ، وثانيا في المصادر التفسيرية له •

ثالثا - تطبيق القانون •

الباب الأول

الروابط القانونية

١٤ - انواع القواعد القانونية :

اذا كان القانون هو مجموعة القواعد التي تحكم الروابط الاجتماعية التي تنشأ بين الاشخاص ، الا ان شخص القانون ليس واحدا ، فهناك — كما سنرى فيما بعد — الشخص الطبيعي أي الانسان ، كما ان هناك الشخص المعنوي أو الاعتباري •

والشخص المعنوي ينقسم بدوره الى شخص معنوي خاص كالشركة التجارية ، وشخص معنوي عام اي يمارس سلطة عامة كالدولة ، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص •

والقانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة أو التي تصل بتنظيم السلطات العامة فيها •

اما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي لا تتعلق بتنظيم

السلطات العامة في الدولة ، ولا ترتبط بحق السيادة فيها . أي أن القانون الخاص يتناول بالتنظيم علاقات الاشخاص الطبيعية والاشخاص الاعتبارية الخاصة فيما بينهم ، وكذا علاقتهم بالدولة عندما تمارس نشاطا شبيها بنشاط الافراد ، كبيع قطعة ارض أو تأجيرها .

وبجانب هذا التقسيم للقانون، تنقسم القواعد القانونية أيضا - تبعاً لقوة الزامها - الى قواعد قانونية آمرة وقواعد قانونية مفسرة أو مكملة.

الفصل الاول

القانون العام والقانون الخاص

١٥ - أهمية التفرقة :

رأينا أن فيصل التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص : هو وجود الدولة باعتبارها صاحبة السيادة كطرف في العلاقة القانونية . والدولة كشخص اعتباري عام ، لا تدخل في العلاقة الا لتحقيق الصالح العام ، وهي تملك في سبيل ذلك من السبل والوسائل ما ليس في متناول الشخص المادي .

فالدولة تستطيع نزع ملكية الأشخاص جبرا عنهم، كما تملك تكليفهم بالقيام بأعمال معينة ، كتكليف بعض خريجي الجامعة بالعمل في مصالح الحكومة . وعلاقة الدولة بموظفيها وسلطانها عليهم ، تختلف عن علاقة الشخص المادي بمن يعملون لحسابه ، نظرا لأن هؤلاء الموظفين يقومون على مصالح عامة لا تحتل المثل أو التوقف .

ولهذا السبب تمتاز قواعد القانون العام بأنها جميعها قواعد أمرة أي لا يجوز الخروج عليها أو الاتفاق على ما يخالفها ، في حين يتنظم القانون

الخاص بجانب القواعد الآمرة ، قواعد مكملة أو مفسرة ، وهذه يجوز الاتفاق على عكسها .

الفرع الأول

القانون العام

Droit public

١٦ - فروع القانون العام :

يشمل القانون العام القواعد التي تنظم علاقة الدولة بغيرها من الدول وتسمى هذه القواعد بالقانون الدولي العام ، والقواعد التي تنظم السلطات العامة في الدولة وعلاقتها بالافراد وتسمى بالقانون الدستوري ، والقواعد التي تحكم مالية الدولة ويطلق عليها اسم القانون المالي ، والقواعد التي تحدد الجرائم والعقاب عليها وتسمى بقانون العقوبات ، والقواعد التي تبين الطرق التي تتبع في تحقيق الجرائم والحكم فيها وتسمى بقانون الاجراءات الجنائية .

وستتناول كل فرع من هذه الفروع على حدة .

١٧ - القانون الدولي العام (Droit international public)

القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد المنظمة لعلاقات الدول فيما بينها سواء في حالات السلم أم الحرب .

فهذا القانون يبحث في الدولة والعناصر التي تتكون منها ، وأنواع الدول ، وحقوق وواجبات الدولة كحق البقاء ، وحق المساواة ، وحق السيادة ، وحق الملكية (ملكية الاقليم) ، وحق القضاء ، وحق التمثيل

الخارجي ، وحق عقد المعاهدات السياسية والتجارية ، وجميع هذه المسائل
يسمى ما يسمى بقانون السلم .

كذلك يبحث هذا القانون في العلاقات التي تقوم بين الدول في حالة
الحرب . فبالنسبة للدول المحاربة ينظم هذا القانون اعلان الحرب والآثار
التي تترتب عليها ، وحقوق الدول المحاربة ، وانهاء الحرب وآثاره ،
وهذا ما يسمى بقانون الحرب .

وبالنسبة للدول غير المحاربة ، أي الدول المحايدة يحدد هذا القانون
واجباتها وواجبات رعاياها نحو الدول المحاربة ، ولذا ينظم مسائل المهربات
الحرية والحصار البحري ، وجميع هذه العلاقات تدخل فيما يسمى بقانون
الحياد .

وقد تكونت أغلب أحكام هذا القانون عن طريق العرف الدولي
والمعاهدات ، كما كان للفتنة والقضاء أثرهما في تحديد أصوله وتقرير
أحكامه .

وقد اتسع نطاق هذا القانون في الوقت الحاضر نتيجة لظهور المنظمات
الدولية وأهمها منظمات هيئة الأمم المتحدة ، وكذا المنظمات الإقليمية
كجامعة الدول العربية .

١٨ - القانون الدستوري (Droit constitutionnel) :

هو مجموعة القواعد التي تحدد شكل الدولة ونظام السلطات العامة
فيها ، وعلاقة هذه السلطات بعضها ببعض ، وعلاقاتها بالأفراد ، كما تبين
حقوق الأفراد وضمانياتها في الدولة .

فالقانون الدستوري ، هو القانون الأساسي للدولة ، اذ يقرر الشكل

الذي تتخذه : ملكية أو جمهورية ، ديموقراطية أو دكتاتورية ، بسيطة أو اتحادية ، الى غير ذلك .

كذلك يحدد هذا القانون السلطات العامة في الدولة وهي : السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية . كما يحدد اختصاص كل من هذه السلطات ، وينظم العلاقات التي تنشأ بينها .

كما يحدد هذا القانون ايضا حريات الافراد وحقوقهم كالحرية الشخصية ، وحرية الدين ، وحرية الاجتماع ، وحرية التعليم ، وحرمة المسكن . كذا يحدد حقوق الأفراد في المساواة في التوظيف وفي التكليف العامة كالضرائب ، وفي أداء الخدمة العسكرية .

١٩ - القانون الإداري (Droit administratif):

يضم القانون الإداري القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية وكيفية ادائها لوظيفتها الإدارية .

والقانون الإداري ليس مجموعة مواد يضمها تقنين واحد كالقانون الدستوري ، ولو ان العلاقة بينهما جد وثيقة ، حتى أن من الشراح من يصفها بقولهم ان القانون الدستوري يتناول السلطة التنفيذية وهي في حالة سكون . بينما ان القانون الإداري ينظم هذه السلطة وهي في حالة الحركة .

فالقانون الإداري يعني بأمر تشكيل وترتيب المصالح العامة في الدولة وكيفية ادارتها سواء في الحكومة المركزية بواسطة عمالها أم في الاقاليم بواسطة الهيئات المحلية كمجالس المحافظات والمجالس البلدية .

فالحكومة تقوم بتحصيل الضرائب ، وادارة اموال الدولة المنظمة

والخاصة ، والعناية بأمور الزراعة والري والمواصلات والصحة العامة ..
الخ ، كما تسهر على أمن الدولة الداخلي والخارجي ، كذا تقوم الحكومة
بتعيين الموظفين وتأديهم ودفع مرتباتهم .

هذا وقد اتسع نطاق القانون الإداري نظرا لانشاء قضاء خاص
بالرقابة على الاعمال الادارية كمجلس الشورى في لبنان ومجلس الدولة
في مصر .

٢٠ - القانون المالي (Droit financier):

يعني هذا القانون بمالية الدولة والهيئات العامة ، من حيث بيان
الموارد التي تغذيها من ضرائب ورسوم وقروض ، ومن حيث بيان أوجه
صرف هذه الاموال .

ففيما يتعلق بالموارد يحدد هذا القانون مصادرها وكيفية تحصيلها ،
وفيما يتعلق بأوجه الصرف ينظم هذا القانون كيفية الاتفاق على المرافق
والمصالح العامة كالمدافع والأمن والتعليم والصحة والقضاء الخ .

وقد كان هذا القانون ملحقا بالقانون الإداري حتى عهد قريب ، أما
الآن فقد استقل عنه وأصبح فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون العام .

٢١ - قانون العقوبات (Droit pénal) :

يضم قانون العقوبات القواعد التي تحدد الجرائم والعقاب عليها .
ومن الجرائم ما يمس الفرد في نفسه أو في ماله ، انما ليس له ان ينتقم أو
يقتص لنفسه ، لأن العقاب في يد الدولة ولها حق توقيعه . كذلك ليس
لل فرد ان يصفح عن الجاني ويرفع عنه الجزاء الا في أحوال معينة (كجرمة

الزنا) • ولذا اعتبر هذا القانون فرعاً من فروع القانون العام الذي ينظم علاقة الفرد بالدولة ، فهي التي تبين له ما لا يجوز من الأفعال وتحدد العقاب عليها •

وينقسم قانون العقوبات الى قسمين : قسم عام وقسم خاص •

أما القسم العام فيتناول تعريف الجريمة وأنواعها من جناية وجنحة ومخالفة : وأركان الجريمة وهي الركن القانوني أي النص على الجريمة في القانون (اذ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص) ، والركن المادي وهو الأمر المعاقب عليه والذي تتكون منه ان فعلاً او امتناعاً ، والركن الأدبي وهو كون الجاني في حالة عقلية يدرك معها نتائج عمله ، وركن البني أي كون الجاني باغياً معتدياً في فعله لا مدافعاً عن نفسه ولا مضطراً في عمله ولا قائماً بواجب •

كذلك يبحث هذا القسم في العقوبة وأنواعها من اعدام أو حبس أو غرامة ، ويبين قدر الحبس أو الغرامة وهو غالباً بين حدين يترك للقاضي حرية التقدير فيما بينهما تبعاً لظروف الجريمة وحالة المجرم •

أخيراً يبحث هذا القسم في المسؤولية وهي تقوم على توافر التمييز والاختيار في الجاني • والتمييز معناه بلوغ درجة من النمو العقلي تكفي لإدراك الفرد نتائج أفعاله • والاختيار معناه ان يأتي الإنسان أفعاله بإرادته •

كما يبين هذا القسم الأسباب التي تؤثر على قيام المسؤولية فترفعها كحالاتي الجنون والاكراه ، أو تخففها كحالة تجاوز حد الدفاع الشرعي •

وأما القسم الخاص فيتناول القواعد الخاصة بكل جريمة . ومن الجرائم ما يقع على الدولة فيمس أمنها الخارجي او الداخلي كالتجسس وتزييف النقود ، ومنها ما يقع على الافراد فيمس النفس كالقتل والضرب ، أو يمس المال كالسرقة : أو يمس الشرف كالقذف .

٢٢ - قانون الاجراءات الجنائية (Droit d'instruction criminelle) :

ينظم هذا القانون الاجراءات التي تتبع لتحقيق الجرائم ، وما تتطلبه من حبس وافراج وتفتيش ، ومحاكمة الجاني وما يستلزمه من تحديد المحكمة المختصة ، وبيان اجراءات المحاكمة ، وصدر الحكم وطرق الطعن فيه ، وتنفيذه وكيفيته .

هذا ويلاحظ ان قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية يتنظما قانون واحد يطلق عليه اسم القانون الجنائي **Droit Criminel**

الفرع الثاني

القانون الخاص

Droit Privé

٢٣ - فروع القانون الخاص :

يحكم الروابط التي تنشأ بين الاشخاص — روابط أسرة أو روابط مالية — وكذا العلاقات التي تربطهم بالدولة عند قيامها بنشاط يحاكي نشاط الافراد ، مجموعة قواعد قانونية تسمى بالقانون الخاص .

والقانون الخاص يشتمل على عدة فروع هي : القانون المدني وهو الأصل ، والقانون التجاري ، والقانون البحري ، والقانون الجوي ، وقانون العمل ، وقانون المرافعات ، والقانون الدولي الخاص .

٢٤ - القانون المدني (Droit Civil) :

يعتبر القانون المدني الأصل بالنسبة لسائر فروع القانون الخاص ، لأنه يتظم من ناحية قواعد تنصرف الى كافة الاشخاص على اختلاف منهم ، ولأنه يرجع اليه من ناحية اخرى في حالة سكوت أي فرع آخر - كالقانون التجاري مثلا - عن تنظيم مسألة معينة .

والقانون المدني يتناول بالتنظيم الروابط الشخصية والمالية .

والروابط الشخصية تتناول المسائل المتعلقة بالأسرة بوجه عام : من زواج وطلاق وما ينشأ عنهما من التزامات كالطاعة والمهر والنفقة وما يتفرع عنهما من عقود زواج وحضانة ، والنسب وما يترتب عليه من آثار . كما يدخل فيها مسائل الاهلية ومسائل الميراث . ويطلق على مجموعة القواعد التي تحكم هذه الروابط اسم الاحوال الشخصية .

أما الروابط المالية فتتاول علاقة الشخص بأمواله ، فتبين الحقوق المالية وطرق كسبها وانقضاءها . الخ . ويطلق على مجموعة القواعد التي تنظم هذه الروابط اسم الاحوال المالية .

وإذا كان الأصل كما ذكرنا أن يتناول القانون المدني بالتنظيم هذين النوعين من الروابط ، إلا أنه في مصر ولبنان تركت مسائل الاحوال الشخصية حتى الآن لقانون الديانة أو الملة .

٢٥ - القانون التجاري (Droit commercial) :

القانون التجاري هو مجموعة القواعد التي تنظم الاعمال التجارية . فهو ينظم حياة التاجر التجارية كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية ، سواء كان هذا التاجر فرداً أم شركة ، كما يضع أحكاماً للاوراق

التجارية كالكميالات والشيكات والسندات تحت الاذن ، وكذا يعنى
بتنظيم قواعد الافلاس ... الخ .

وقد كان القانون التجاري جزءا من القانون المدني ثم انفصل عنه ،
لان طبيعة الاعمال التجارية تختلف عن طبيعة الاعمال المدنية .

فالاعمال التجارية تتطلب السرعة في انعقادها ولا تحتل بطة
الاجراءات المدنية ، فحالة الحق مثلا لا تنفذ في مواجهة المدين ولا الغير
الا اذا قبلها المدين أو اعلن بها (م ٣٠٥ مدني و ٢٨٣ موجبات) في القانون
المدني ، في حين ان الكميالات والشيكات والسندات تحت الاذن يتم
تداولها بمجرد التظهير في القانون التجاري .

كذلك استدعت سرعة انجاز الاعمال التجارية الى اغنائها من قيود
الاثبات الموجودة في القانون المدني . فالتصرف القانوني لا يجوز اثبات
وجوده او انقضائه بشهادة الشهود أي بالينة اذا زادت قيمته على ٢٠
جنيها في مصر أو على ٢٧٥ ليرة في لبنان اذا كان التعامل مدنيا ؛ أما اذا كان
التعامل تجاريا فيجوز اثباته بالينة مهما كانت قيمة التصرف .

والثقة التي تتطلبها الاعمال التجارية استدعت افتراض التضامن
في شأنها في حالة تعدد المدينين ، بحيث يستطيع الدائن مطالبة أي مدين
بكل الدين وليس فقط بحصته فيه . أما في المعاملات المدنية فالتضامن لا
يفترض انما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون (م ٢٧٩ مدني و ٢٤
موجبات) .

على ان اهراد القانون التجاري بأحكام خاصة واستقلاله عن القانون
المدني ، لا يسع من ان القانون الاخير هو الاصل ، ولذا يرجع اليه في
حالة سكوت القانون التجاري عن تنظيم مسألة أو علاقة معينة .

٢٦ - القانون البحري (Droit maritime) :

يختص القانون البحري بتنظيم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية .
وتركز هذه العلاقات حول السفينة ، فتتناول بيع السفن البحرية وتأجيرها ،
وعقد العمل البحري ، وعقد النقل البحري ، وعقد القرض البحري ،
والتأمين على السفينة ومشحوناتها ، الى غير ذلك من المسائل المتعلقة بالملاحة
البحرية .

واذا كانت الاعمال التي ينظمها هذا القانون هي في الاصل اعمالا
تجارية ، الا ان هناك من الاعتبارات ما دعت الى فصله عن القانون
التجاري ، وترجع هذه الاعتبارات الى كبر قيمة السفينة والى تعرضها
لأخطار جسام ، ولأنها تكون في غالبية الاحيان بعيدة عن عين صاحبها
ورقابه .

٢٧ - القانون الجوي (Droit aérien) :

القانون الجوي هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة
بالملاحة الجوية . فتدور هذه العلاقات حول الطائرة من حيث ملكيتها
وجنسيته وتسجيلها ، وعقد النقل الجوي ، والمسئولية عن الأضرار التي
قد تصيب الراكب او تصيب من هو على سطح الارض ، الى غير ذلك
من المسائل المتعلقة بالملاحة الجوية .

وهذا الفرع من فروع القانون حديث النشأة ، وترجع معظم قواعده
الى المعاهدات الدولية في شأن الملاحة الجوية .

٢٨ - قانون العمل (Droit du travail) :

يضم قانون العمل القواعد التي تنظم العلاقات بين العمال وأرباب
الأعمال . وقد كانت هذه العلاقات تخضع الى عهد قريب لأحكام القانون

المدني ، حتى جاءت الثورة الصناعية فزادت في قوة اصحاب الاعمال وسيطرتهم على وسائل الانتاج وبالتالي على دخول الطبقات الكادحة ؛ وقد ترتب على ذلك رد فعل اتسم بالعنف في بعض الاحيان من جانب العمال دفاعا عن أرزاقهم ، وقد حملت هذه الاوضاع المشرع على التدخل لتنظيم هذه العلاقات على أسس جديدة تضمن حقوق العمال دون اضرار بالانتاج ؛ فظهر قانون العمل الذي تأثرت أحكامه التشريعية بالمبادئ الاشتراكية .

٢٩ - قانون المرافعات (Droit de procédure):

يضم قانون المرافعات المدنية والتجارية كما يسميه القانون المصري أو قانون أصول المحاكمات المدنية كما يسميه القانون اللبناني ، القواعد التي تكفل حماية الحقوق واقتضاءها .

فبين هذا القانون كيفية تشكيل المحاكم واختصاصها ، وكيفية رفع الدعوى والسير فيها ، واجراءات الاثبات من كتابة بيعة وبين ومعاينة محل النزاع والاستعانة بالخبراء ، وصدر الحكم وكيفية الطعن فيه ، والتنفيذ على اموال المدين .

٣٠ - القانون الدولي الخاص (Droit international privé) :

تكون العلاقة القانونية التي تنشأ بين الاشخاص من ثلاثة عناصر وهي : أولا سبب العلاقة ؛ والسبب اما أن يكون عملا قانونيا كالبيع أو واقعة قانونية كالجريمة . ثانيا اشخاص العلاقة القانونية كالدائن والمدين . ثالثا موضوع العلاقة ، وموضوع العلاقة هو اعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

وليس من الضروري ان تكون جميع عناصر العلاقة القانونية وطنية كالبيع الذي يتم في مصر بين مصريين بشأن عقار موجود في مصر ، بل قد يكون في العلاقة عنصر اجنبي كما لو انمقد البيع في بلد اجنبي بين مصريين ، او كان البائع مصرى والمشتري اجنيا ، او كان كلاهما مصرى والمقار موجود في بلد اجنبي .

فاذا قام نزاع بين البائع والمشتري في شأن هذا البيع ، فاي محكمة تختص بنظر هذا النزاع ؟ وأي قانون تطبقه المحكمة ؟ أنطبق قانون جنسية البائع أم قانون جنسية المشتري ، أم قانون موقع العقار ؟

الذي يفصل في جميع هذه المسائل هو القانون الدولي الخاص ، فأحكامه هي التي تعدد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق ، وتسمى هذه الأحكام بقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، وقواعد تنازع القوانين او قواعد الاسناد ، لأنها تقابل بين قوانين دول مختلفة وتفاضل بين أسباب أحقية كل منها بالتطبيق .

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه مجموعة القواعد التي تبين الطول الواجبة الاتباع في مسائل تنازع الاختصاص وتنازع القوانين . غير أن من الشراح من يضيف الى هذين الموضوعين اللذين يعالجها القانون الدولي الخاص ثلاثة مواضيع أخرى هي : الجنسية وهي صفة في الشخص تبيته لدولة معينة ، والموطن وهو يثير علاقة الفرد بالدولة نتيجة اقامته فيها ، ومركز الاجانب والمقصود معرفة ما يمكن ان يتمتع به هؤلاء الاشخاص من حقوق وما يتصلونه من واجبات فسي الدولة التي يوجدون فيها .

الفصل الثاني

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

٢١ - تقسيم القواعد القانونية بحسب قوتها الملزمة :

تنقسم القواعد القانونية من حيث قوة الالتزام فيها الى قواعد
آمرة ، وقواعد مكملة او مفسرة . والقواعد الآمرة هي القواعد التي لا
يجوز للأفراد مخالفتها او الاتحاق على عكسها او على استبعاد حكمها .

أما القواعد المكملة ، أو المفسرة كما يطلق عليها كذلك ، فهي تلك
القواعد التي يجوز للأفراد الاتحاق على ما يخالف حكمها .

ومرد هذا التقسيم هو الحرية الممنوحة للأفراد في تنظيم علاقاتهم ،
فحيث تقيد هذه الحرية تكون القواعد آمرة ، وحيث تطلق هذه الحرية
تكون القواعد مكملة . والمبرة في تقييد الحرية أو إطلاقها هو مدى تعلق
العلاقة بنظام المجتمع وحمايته .

٢٢ - القواعد الآمرة (Les règles impératives) :

رأينا ان القواعد الآمرة هي التي لا يجوز للأفراد الاتحاق على ما

يخالفها ، لأنها تتصل بالنظام الأساسي للمجتمع . فمثلا القاعدة التي تحرم الجريمة كالقتل لا يجوز استبعاد حكمها ، فلا يجوز الاتفاق على ارتكاب مثل هذه الجريمة ولو يرضاء المجرى عليه . والقاعدة التي تحرم الربا تقض سحرا أعلى للفائدة لا يجوز الاتفاق على عكسها ، وهكذا بالنسبة لكافة القواعد الآمرة ، لأنها قواعد ملحوظ فيها المحافظة على نظام المجتمع ومقوماته .

هذا ولا يشترط لاعتبار القاعدة القانونية قاعدة آمرة ان ترد في صيغة الأمر أو النهي ، انما يشترط لاعتبارها كذلك ان يمتنع على الافراد الاتفاق على عكسها .

٣٣ - القواعد المكملّة (Les règles supplétives) :

القواعد المكملّة او المفسرة (interprétatives) هي تلك التي يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها . وليس معنى القول ان القاعدة المكملّة يجوز استبعاد حكمها أن هذه القاعدة ليست ملزمة ، لأن جميع القواعد القانونية تعتبر قواعد ملزمة ، اذ الالتزام شرط من الشروط الأساسية لقيام القاعدة القانونية . غاية الأمر ان أي قاعدة قانونية - ويستوي في ذلك القواعد الآمرة والقواعد المكملّة - لا تنطبق الا اذا توافرت الشروط اللازمة لانطباقها ، ومن هذه الشروط بالنسبة للقاعدة المكملّة ألا يتفق الافراد على استبعاد حكمها ، بمعنى انهم اذا لم يتفقوا على ما يخالفها ، اصبح حكمها ملزما لهم .

ففي البيع تقضي المادة ٤٥٧/١ مدني بأنه « يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » (تقابل المادة ٤٦٦/١ موجبات) . وظاهر ان المشرع قد ربط

في هذا النص بين وقت الوفاء بالثمن ووقت تسليم المبيع ، فجعل الوفاء بالثمن مستحقا في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد . على ان هذا الحكم لا يكون ملزما للمتعاقدين الا اذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بما يخالف ذلك .

فقد يتفق المتعاقدان على ان يدفع الثمن قبل او بعد تسليم المبيع ، أو قد يقضي المرف بأحكام أخرى يتعين اتباعها . اما اذا سكوت المتعاقدان عن ذكر ما يخالف هذا الحكم ، ولم يكن هناك عرف يقضي بغيره ، اصبح هذا الحكم ملزما لهما .

٢٤ - معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة :

سبق أن أشرنا الى ان فيصل التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة هو مدى تعلقها بالنظام الأساسي للمجتمع ، ومحور النظام الأساسي للمجتمع هو النظام العام والآداب ، فحيث تتعلق القاعدة بالنظام العام والآداب تعتبر قاعدة أمرة ، وحيث تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد تعتبر قاعدة مكملة .

ولكن كيف يمكن الوصول الى معرفة طبيعة القاعدة ، وهل هي أمرة أم مكملة ؟ هناك طريقتان للوصول الى ذلك : الاولى يستند الى صياغة النص ، والثاني الى مضمون النص ومعناه .

٢٥ - الطريق الأول - صياغة النص :

قد يصاغ نص القاعدة القانونية بطريقة تقطع في الدلالة ان صراحة وان ضمنا على طبيعتها .

فاذا ورد في القاعدة أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها أو

على بطلان مثل هذا الاتفاق ، دل ذلك على أن القاعدة آمرة ، ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة ٢/١٣١ مدني من أن « التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضائه الا في الأحوال التي نص عليها في القانون » .

وما تقضي به المادة ٤٨ مدني من أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » ، وما جاء في المادة ٤٩ من هذا القانون من أنه « ليس لأحد النزول عن حرته الشخصية » .

أما إذا ورد في القاعدة على أنه يصل بحكمها ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره، دل ذلك على أن القاعدة مكملة أو مفسرة، من ذلك ما تنص عليه المادة ٤٣٦ مدني من أنه « إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم الا اذا وصل اليه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » .

وما جاء في المادة ٥٦ مدني من أنه « يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » .

وفي كل ما سبق أعتدينا بصياغة النص وعبارته في التعرف على طبيعة القاعدة القانونية ، وهل هي آمرة أم مكملة .

٣٦ - الطريق الثاني - مضمون النص :

إذا قصرت صياغة النص عن تحديد طبيعة القاعدة القانونية ، فإننا في هذه الحالة الرجوع الى مضمونه والاسترشاد به ، فإذا تعلق هذا المضمون بالنظام الأساسي للمجتمع ومقدماته ، أي اذا تعلق بالنظام العام

والآداب ، كانت القاعدة أمرة • أما اذا تبين أن هذا المضمون انما ينصرف الى تنظيم مصالح خاصة للأفراد لا تتصل بكيان المجتمع كانت القاعدة مكملية •

ولما كان يستحيل على المشرع أن يضع قائمة جامعة مانعة لكل ما يعتبر مخالفا للنظام العام أو الآداب فقد اكتفى في نطاق الالتزامات بالنص في المادة ١٣٥ مدني على أنه « اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » • وبالنص في المادة ١٣٦ مدني على أنه « اذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » •

ونرى استكمالاً لهذا البحث أن نتناول بشيء من الدراسة فكرة النظام العام والآداب مع إيراد بعض تطبيقات لهما •

٢٧ - النظام العام والآداب :

قوام فكرة النظام العام هو المصلحة العامة ، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم أدبية ، ولما كانت فكرة المصلحة العامة تختلف من دولة الى دولة ومن زمن الى زمن في نفس الدولة ، فان فكرة النظام العام تعتبر تبعاً لذلك فكرة متغيرة أو فكرة نسبية ينظر اليها في جماعة معينة في زمن معين ، فمثلاً تعدد الزوجات لا يعتبر مخالفاً للنظام العام في مصر ، على حين أنه يعتبر كذلك في غيرها من الدول كفرنسا ، وأن تحريم الرق يعتبر الآن من النظام العام في مصر على حين أنه لم يكن كذلك قبل تحريره ... وهكذا ، ولذا فغير ما قلناه في شأن تحديد فكرة النظام هو إيراد بعض تطبيقات في شأنها •

فيعتبر مخالفاً للنظام العام في نطاق القانون العام كل اتفاق يخالف

القوانين المنظمة للدولة كالقانون الدستوري والقانون الإداري ، أو قوانين التنظيم القضائي أو القوانين المتعلقة بالأمن ، أو القوانين المنظمة للعملة وما يتصل بها من نظم مالية .

كذلك يعتبر من النظام العام الحريات العامة . كالحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حرية الإقامة ، وحرية الدين والعقيدة ، وحرية الزواج . وحرمة النفس ، وحرية العمل ... الخ .

كذلك يعتبر من النظام العام في نطاق القانون الخاص روابط الأحوال الشخصية . فالحالة المدنية للشخص واسمه وأهليته تعتبر من النظام العام ، ولذا لا يجوز مثلاً لأحد النزول عن أهليته أو التعديل في أحكامها (٨٠ مدني) .

كذلك يعتبر من النظام العام تنظيم الأسرة وما يقرره من حقوق وواجبات لكل من الزوجين كحق النفقة مثلاً ، ولذا لا يجوز النزول مقدم عن هذا الحق . وإن كان يجوز التنازل عما تجمع من هذه النفقة .

أخيراً تعتبر بعض القواعد المتعلقة بالأحوال العينية من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق مثلاً على بقاء حق الانتفاع لمدة تزيد على حياة المنتفع (٩٩٣ مدني) .

هذا عن النظام العام ، أما عن الآداب وقواء فكرتها هو الرأي العام وما يتأثر به من عوامل أخلاقية واجتماعية يبعثها الدين والعرف والتقاليد في مجتمع معين في زمن معين ، ففكرتها هي الأخرى نسبية تختلف باختلاف الأزمنة وباختلاف الجماعات . والقضاء هو الحارس الأمين على كيانه المجتمع كثيراً ما يستند الى فكرة الآداب في ابطال العقود المنافية للأخلاق : لا يرجع القاضي في تحديد ما يعتبر منافياً للآداب الى أفكاره ومبادئه

الخاصة بل يرجع في ذلك الى الرأي العام في المجتمع الذي ينتمي اليه ، وعلى الأخص الى رأي العناصر السليمة فيه وان تعارض رأي هذه العناصر السديدة مع بعض العادات التي تسير عليها الأكثرية جهلا منها بما هو حسن وما هو قبيح .

ويعتبر بصفة عامة مخالفا للآداب كل عمل يقصد به خداع شخص أو خداع الجمهور على وجه الإطلاق ، كما يعتبر منافيا لها كل تعهد يتم بفرض الحصول على كسب غير حلال ، كتعهد شخص بعدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال ، أو تعهد السارق برد المروقات مقابل مبلغ من النقود .

على أن أهم تطبيقات فكرة الآداب هي ما تناولت العلاقات الجنسية وبيوت المهارة والمقامرة . فبالنسبة للعلاقات الجنسية مثلا يعتبر مخالفا للآداب كل اتفاق على دفع مبلغ من المال مقابل انشاء علاقة جنسية غير شرعية أو مقابل استمرارها ، أو العودة اليها بعد انقطاعها وبالنسبة لبيوت المهارة يعتبر باطلا كل اتفاق يتعلق باستغلالها ولو رخص بها ادارا ، ويسري على نوادي القمار ما يسري على بيوت المهارة من أحكام (م ٧٣٩ مدني) .

الباب الثاني

مصادر القانون

٢٨ - المصادر المادية والمصادر الرسمية :

يقصد بالمصادر المادية للقاعدة القانونية مجموعة العوامل التي تحمل على وضع القاعدة وتحدد مضمونها . وهذه العوامل قد تكون اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية أو دينية أو أخلاقية ، أو غير ذلك من العوامل التي تحيط بالبيئة والجماعة .

كذلك يقصد بالمصادر المادية الأصل التاريخي أو ما يسمى بالمصدر التاريخي للقاعدة القانونية، فالقانون الروماني يعتبر أصلا تاريخيا للقانون الفرنسي ، كما أن القانون الفرنسي والشرعة الإسلامية وكذا القانون البرماني تعتبر مصادر تاريخية للقانون المدني المصري الحالي .

أخيرا يعتبر الآن من المصادر المادية التقه والقضاء . ويقصد بالتقهاء مجموعة الآراء التي تدين بها غالبية الفقهاء أو الشراح . ويقصد بالقضاء مجموعة المبادئ العامة التي تستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يطرح عليها من قضية لفصل فيها .

ويطلق على الفقه والقضاء الآن اسم المصادر التفسيرية لأنها يساهمان في توضيح القاعدة القانونية وإزالة ما بها من غموض أو لبس .

أما المصادر الرسمية ، وتسمى كذلك بالمصادر الشكلية ، فتمثل في الوسائل التي بها يتوافر للقاعدة القانونية صفتها الإلزامية ، ويأتي التشريع الآن في مركز الصدارة بالنسبة لهذه المصادر .

٣٩ - تطور المصادر الرسمية :

ذكرنا أن التشريع يحتل الآن مركز الصدارة بالنسبة للمصادر الرسمية ، غير أن الأمر لم يكن كذلك في الماضي ، وهو ليس أيضا كذلك في جميع الدول .

ففي الماضي ، وفي الجماعات الأولى ، وقبل نشوء الدولة وقيام السلطة التشريعية ، كان العرف هو المصدر الرسمي للقانون . والعرف يستمد مما تواضع عليه الناس في تنظيم علاقاتهم الاجتماعية ، بحيث اعتقدوا لزوم القواعد التي اعتادوا عليها في هذا الشأن .

وتلى العرف الدين ، فقد كان الدين مصدرا رسميا لكثير من القواعد القانونية ، لأن من الأديان ما تناول بالتنظيم مسائل المعاملات بجانب مسائل العبادات . غير أن دور الدين أخذ يتضاءل في المجتمعات الحديثة بحيث أصبح مصدرا ماديا لكثير من القواعد التشريعية .

كذلك كان للفقه والقضاء دورهما كمصدرين رسميين للقانون في الشرائع القديمة ، أما الآن فيعتبران (مع تحفظ بالنسبة للقضاء) مصدرا تفسيريا له .

ومع تقدم المجتمعات الحديثة وزيادة العلاقات الاجتماعية فيها ،

نتيجة لاطراد مطالب الحياة وتنوعها وتشعبها ، أصبح التشريع هو الوسيلة الأكثر يسرا والأسرع في انشاء القاعدة القانونية ، وترتب على ذلك أن أصبح له الصدارة بالنسبة لغيره من المصادر الرسمية .

٤٠ - المصادر الأصلية والمصادر الاحتياطية :

تختلف المصادر الرسمية تبعا لاختلاف مركزها ، فما يأتي منها في الصادرة يطلق عليه اسم المصادر الأصلية ، وما يليها في المرتبة يسمى بالمصادر الاحتياطية .

وقد رتب المشرع المصري المصادر الرسمية عند وضع الأحكام التمهيدية للتقنين المدني ، ولما كان هذا التقنين يعتبر بمثابة الأصل بالنسبة لباقي فروع القانون الخاص ، فيكون الترتيب المنصوص عليه في المادة الأولى من هذا التقنين ترتيبا عاما يراعى أيضا بالنسبة لهذه الفروع .

وتنص المادة السالفة الذكر على أنه « ١ - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها . ٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

ومعنى ورود المصادر الرسمية للقانون في هذه المادة على هذا النحو التنازلي ، أن يعتبر التشريع هو المصدر الأصلي الذي يتعين على القاضي الالتجاء اليه أولا ، وألا يعدل عنه الى غيره الا اذا سكت عن معالجة موضوع معين أو أحال في شأنه الى مصدر آخر . أو بعبارة أخرى يعتبر التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي ، أما ما عداه فمصادر احتياطية لا

يرجع اليها القاضي الا اذا اعوزه في التشريع الحكم الواجب التطبيق .

غير أنه لما كان القانون المدني ، كما سبق أن ذكرنا ، لا يتعرض بالتنظيم الا للمعاملات المالية ، ويترك مسائل الأحوال الشخصية لأحكام الدين والملة ، فإن المصادر الرسمية في هذه المسائل هي التشريع والدين . وإذا كانت معظم أحكام التشريع في هذا الخصوص مستمدة من الدين وعلى الأخص من الشريعة الإسلامية ، الا أن هذا لا يعني تقديم الدين على التشريع في الترتيب ، بل يعنى على القاضي حتى في مسائل الأحوال الشخصية الرجوع الى التشريع أولاً ، فإن لم يجد فيه حلاً للنزاع المعروض عليه ، رجع الى الدين . ولا يقصد بالدين هنا الدين الاسلامي فحسب ، بل يقصد به كذلك الأديان السماوية الأخرى وهي المسيحية واليهودية .

هذا فيما يتعلق بالقانون المصري . أما القانون اللبناني فقد جاء خلواً من نص يحدد ويرتب المصادر الرسمية ، وإن كان يمكن القول بصفة عامة أن الترتيب المعمول به في القانون المصري ، من الممكن الأخذ به في القانون اللبناني كذلك .

ففي مسائل المعاملات المالية يأتي التشريع في الصدارة كمصدر أصلي ، ثم يليه العرف كمصدر احتياطي ، فإن لم يجد القاضي حلاً في التشريع أو العرف ، تعين عليه الالتجاء الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

أما مبادئ الشريعة الإسلامية التي تلي العرف كمصدر احتياطي في

القانون المصري ، فلا يؤخذ بها في القانون اللبناني لعدم ورود نص خاص في شأنها .

وفي مسائل الأحوال الشخصية تكون المصادر الرسمية على الترتيب هي التشريع والدين كما في القانون المصري . ويقصد بالدين الأديان الساوية المعترف بها كما في ذلك القانون أيضا ، أي الاسلام والمسيحية واليهودية .

٤١ - تقسيم :

ستتبع في دراستنا لمصادر القانون ، البحث في المصادر الرسمية أولا ، والكلام في المصادر التفسيرية ثانيا .

الفصل الاول

المصادر الرسمية

٤٢ - بيان هذه المصادر :

رأينا أن المصادر الرسمية تنقسم الى مصادر أصلية وأخرى احتياطية . وعلى هذا سنبدأ بدراسة المصدر الأصلي وهو التشريع ، ثم نعرض بعد ذلك للمصادر الاحتياطية وهي الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، وأخيرا مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

الفرع الاول

المصدر الأصلي

التشريع

La législation

٤٣ - تقسيم :

سنتناول في دراستنا للتشريع المسائل الآتية : أولا - التعرف بالتشريع وخصائصه ، ثانيا - أنواع التشريع ، ثالثا - سن التشريع ونفاذه .

المبحث الاول

التعريف بالتشريع وخصائصه

٤٤ - التعريف بالتشريع :

التشريع هو التعبير بواسطة السلطة المختصة عن القواعد القانونية . ويتم هذا التعبير في ألفاظ معينة ، ولذا يطلق على القواعد القانونية التي مصدرها التشريع اسم القانون المكتوب ، لأن معناها مصاغ في قالب مدون مسطور . وهو في هذا يفرق عن العرف الذي يطلق عليه اسم القانون غير المكتوب ، لأن العرف كما سنرى يستخلص من اتباع وتكرار الجماعة لقاعدة سلوك معينة مع الاعتقاد بلزومها ، ولذا غالبا ما يعتبره الفموض ويكتنفه الابهاء .

وبجانب المعنى السالف لكلمة التشريع ، فقد يقصد به معنا آخر هو مجموعة القواعد القانونية المنظمة لموضوع ما كتشريع العمل مثلا .

٤٥ - مزايا التشريع :

للتشريع مزايا عدة يمكن اجمالها فيما يلي :

أولا - أن التشريع وهو يرد في نصوص مكتوبة يمتاز عادة بالوضوح ، لأن هذه النصوص يتم صياغتها من قبل جماعة متخصصة ، وبذا يسهل التعرف على القاعدة القانونية من قبل الجميع مما يحقق الأمن المدني واستقراره .

ثانيا - أن السهولة التي يمكن أن يتم بها وضع التشريع أو تعديله أو إلغاءه تمكن الشارع من مواجهة التغيرات الاجتماعية أو الاقتصادية في الجماعة على نحو يمكن القانون من القيام بوظيفته الاجتماعية .

ثالثا - أن التشريع يحقق للدولة وحدة القانون فيها لأنه يسري
بمفهوم واحد على جميع أنحاءها ، بخلاف العرف الذي كثيرا ما يختلف
من جهة الى جهة أخرى في نفس الدولة .

رابعا - أن التشريع لا يقتصر على تنظيم الحياة الاجتماعية كما
يريدھا الأفراد ، بل هو وسيلة لاصلاح الجماعة عن طريق ادخال نظم
أو مبادئ يرى المفكرون فيها خيرا وفلاحا لأوطانهم .

٤٦ - عيوب التشريع :

على الرغم من المزايا السالفة الذكر التي يتسع بها التشريع ويفضل
بها غيره من مصادر القانون ، فقد عيب عليه اتصافه بالجمود ، لأن
صياغته في ألفاظ محددة تقمده عن التطور ومجاراة التغيرات الحادثة
في الجماعة ، وفي هذا يبرز العرف ، اذ بفضل مرونته ونوعه من حاجات
الجماعة ، فإنه يسهل مسايرته للتطورات الاجتماعية والاقتصادية التي
قد تطرأ عليها .

كذلك عيب على التشريع أنه قد يأتي غير ملائم لظروف الجماعة
وضميرها ، لأنه من عمل سلطة مختصة قد ترى فرضه على الجماعة .

غير أن أوجه النقد هذه تتضائل في الواقع اذا تذكرنا السهولة التي
يصدر بها التشريع لمواجهة حاجات المجتمع ومتغيراته الاجتماعية
والاقتصادية ، وأن صدور تشريع مخالف لما تستشعره الجماعة أمر
نادر الحدوث .

المبحث الثاني

انواع التشريع

٤٧ - تدرج التشريعات من حيث القوة :

هناك ثلاثة أنواع من التشريعات تدرج من حيث القوة ، فيأتي في القمة التشريع الأساسي أي الدستور ، ثم يليه في المرتبة التشريع العادي أي التشريع الرئيسي ، وفي النهاية يأتي التشريع الفرعي .

وهذا التدرج في القوة ترتب عليه نتيجة هامة هي وجوب عدم مخالفة تشريع أدنى لتشريع أعلى ، فلا يجوز أن يصدر التشريع العادي مخالفاً للتشريع الأساسي ، ولا يجوز أن يأتي التشريع الفرعي مخالفاً للتشريع العادي أو التشريع الأساسي . فإذا حصل تعارض بين تشريعين متفاوتين في المرتبة وجب بطبيعة الحال تغليب التشريع الأعلى ، والسلطة المختصة بمراقبة صحة التشريعات من حيث الشكل والموضوع هي السلطة القضائية .

٤٨ - التشريع الأساسي :

التشريع الأساسي للدولة هو الدستور ، والدستور كلمة فارسية معناها الأساس أو القاعدة .

والدستور هو أساس كل السلطات ، واليه تستند الهيئات العامة ، ويمتاز عن بقية أنواع التشريع بأنه يصدر من سلطة مفيدة للسلطة التشريعية العادية . فقد يكون الدستور منحة من الحاكم ، وقد يتم عن طريق اتفاق الحاكم والشعب أي يتم في شكل عقد بينهما ، وقد تضعه

جمعية وطنية تأسيسية ينتخبها الشعب لهذا الغرض ، وقد يضعه الشعب نفسه عن طريق الاستفتاء ؛ أخيراً قد ينشأ الدستور بحكم العادة والتقاليد ويكتسب قوته الإلزامية بحكم العرف كاللستور الانكليزي •

هذا عن طريقة نشأة الدستور : أما عن طريقة تعديله فتقسم الدساتير في هذا الشأن الى قسمين : دساتير مرنة ودساتير جامدة •

والدستور المرن هو الذي يمكن تعديله عن طريق التشريع العادي الذي تصدره السلطة التشريعية ؛ كاللستور الانكليزي •

والدستور الجامد هو الذي يتعين لامكان تعديله اتباع اجراءات معينة لا تتبع بالنسبة للتشريع العادي كاللستور المصري والدستور اللبناني • وجود الدستور يجنبه كثرة التعديلات ويكفل له الثبات والاستقرار •

٤٩ - التشريع الرئيسي :

التشريع الرئيسي أو التشريع العادي هو الذي تضعه السلطة التشريعية في حدود اختصاصها المبين في الدستور • ويطلق على التشريع العادي اسم القانون (La Loi) . ويقصد بكلمة القانون هنا مجموعة القواعد التشريعية التي تضعها الهيئة النيابية • وستناول فيما بعد كيفية سن القانون أي التشريع العادي •

٥٠ - التشريع الفرعي :

التشريع الفرعي هو التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في هذا الشأن في الدستور في حالات معينة •

وهذا الاختصاص التشريعي — الذي يخرج بالسلطة التنفيذية عن مهمتها الأصلية وهي تنفيذ القانون — يعتبر اختصاصا أصليا تمارسه في الحالات المنصوص عليها في الدستور حتى مع وجود السلطة التشريعية • ويطلق على هذا النوع من التشريع في مصر اسم اللائحة ، أما في لبنان فيطلق عليهم اسم مراسم تنظيمية أو مراسم عامة أو أنظمة إدارية •

واللوائح على أنواع ثلاثة هي : لوائح تنفيذية ، ولوائح تنظيمية ، ولوائح ضبط •

فأما اللوائح التنفيذية فهي ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنفيذ القانون العادي الصادر عن السلطة التشريعية ، ذلك أن القانون العادي كثيرا ما يقتصر على القواعد العامة . ويترك النواحي التفصيلية التي تقتضيها ضرورات التطبيق للسلطة التنفيذية ، لأنها أقدر على تعرفها بحكم اتصالها بالجمهور من السلطة التشريعية •

وإذا كان الغرض من اللائحة التنفيذية هو تنفيذ القانون ، فيجب بطبيعة الحال ألا تتضمن تعديلا أو إلغاء لقاعدة فيه •

أما اللوائح التنظيمية فهي التشريعات التي تسنها السلطة التنفيذية لتنظيم وترتيب المصالح والهيئات العامة بحكم اختصاصها في إدارة هذه المصالح والهيئات •

أما لوائح الضبط فهي القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على الأمن وكفاءة السكينة وحماية الصحة العامة كلوائح المرور واللوائح المنظمة للساحل المعلقة للراحة أو الضارة بالصحة •

المبحث الثالث سن التشريع ونفاذه

٥١ - سن التشريع :

نقتصر هنا في الكلام على سن التشريع على دراسة التشريع العادي الذي تختص بوضعه السلطة التشريعية .

ويحتاج سن التشريع لمراحل عدة هي :

أولاً - اقتراح التشريع : واقتراح التشريع بمعنى عرضه على الهيئة النيابية حق لرئيس الجمهورية ولأي عضو من أعضاء المجلس النيابي .

ثانياً - التصويت على التشريع : ويتم هذا التصويت بعد مناقشة المجلس لمشروع القانون . ولا يجوز للمجلس النيابي اتخاذ قرار في شأن مشروع القانون إلا اذا حضر الجلسة أغلبية الأعضاء . والأصل أن يصدر قرار المجلس بالأغلبية المطلقة لعدد الحاضرين إلا اذا اشترط في موضوع معين أغلبية خاصة . وبديهي أنه عند تعادل الأصوات يعتبر المشروع مرفوضاً .

ثانياً - عدم اعتراض رئيس الجمهورية؛ ذلك أن لرئيس الجمهورية حق الاعتراض على مشروعات القوانين التي يقرها المجلس النيابي ، والغرض من هذا الاعتراض هو حمل المجلس على مراجعة قراره والعدول عن مشروع القانون .

واعترض رئيس الجمهورية يجب أن يتم في خلال ثلاثين يوماً من

تاريخ ابلاغ المجلس اياه ، فاذا لم يرد مشروع القانون الى المجلس قبل نفاذ هذا الميعاد أو رده في خلاله وأقره المجلس مرة أخرى ، بموافقة ثلثي أعضائه وفقا للدستور المصري ^(١) ، أو بموافقة أغلبية أعضائه وفقا للدستور اللبناني ^(٢) ، أعتبر قانونا وأصدر .

هذا ويلاحظ أنه اذا كان الأصل أن اختصاص سن التشريع العادي هو من حق السلطة التشريعية ، إلا أنه في حالات استثنائية تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في القيام بهذا العمل . وهذه الحالات هي : حالة الضرورة ، وحالة التفويض ، وحالة الاستعجال في الدستور اللبناني دون الدستور المصري .

٥٢ - حالة الضرورة :

عرض الدستور المصري في المادة ١٤٧ منه لسلطة رئيس الجمهورية في سن القوانين أي التشريعات العادية في حالة غياب المجلس النيابي أما بسبب حله أو بين أدوار انعقاده ، فقرر أنه : اذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون .

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها اذا كان المجلس قائما ، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته . فاذا لم تعرض زال باثر رجعي ما كان لها

(١) راجع المادتين ١١٢ و ١١٣ من الدستور المصري (١٩٧١) .

(٢) راجع المادة ٥٧ من الدستور اللبناني .

من قوة القانون ، دون حاجة الى اصدار قرار بذلك . واذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون ، الا اذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر .

والسلطة التي يتولاها رئيس الجمهورية في هذا الشأن سلطة مقيدة لأنها يتولاها باعتباره رئيسا للسلطة التنفيذية ، ولذا لا يجوز له مباشرتها الا اذا دعت الضرورة الى ذلك في غيبة المجلس النيابي ، كما أنه يمتنع عرض القرارات الصادرة على المجلس لاقرارها في أقرب فرصة على التفصيل السابق الذكر . ولذا تسمى هذه تشريعات بتشريعات الضرورة .

واذا كان الدستور اللبناني لم ينص على هذه الحالة ، الا أن الفقه يتجه الى امكان صدور مراسيم لها قوة القانون في حالة غياب مجلس النواب اذا جد من الأمور ما لا يحتل التأخير .

٥٢ - حالة التفويض :

قد تدعو الحاجة أو المصلحة الى قيام المجلس النيابي بتفويض رئيس الجمهورية في سن القوانين في مسائل معينة ، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لفرض الضرائب أو الرسوم ، اذ قد تقضي المصلحة بكتمان تفاصيلها لمنع التهرب منها .

وقد تعرض الدستور المصري في المادة ١٠٨ منه لهذه الحالة فقرر أنه « لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية ، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات

لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة ، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها .

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض ، أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها ، زال ما كان لها من قوة القانون » .

وظاهر من هذا النص أن المشرع حرص على إحاطة تفويض رئيس الجمهورية في سن القوانين بقيود عدة هي : (١) أن هذا التفويض لا يكون الا عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية . (٢) أن يصدر التفويض من المجلس بأغلبية ثلثي أعضائه لا بأغلبية ثلثي الحاضرين . (٣) أن يكون التفويض لمدة محددة . (٤) أن يتضمن التفويض بيان الموضوعات التي يتم التفويض في شأنها والأسس التي تراعى عند اصدار القرارات فيها . (٥) أن تعرض على المجلس في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو لم يوافق عليها زال ما كان لها من قوة القانون .

وإذا كان الدستور اللبناني لم يتضمن نصا في شأن التفويض ، الا أن العرف قد جرى على قيام مجلس النواب بتفويض الحكومة في اصدار مراسيم تسمى بالمراسيم الاشتراعية لمواجهة حالة استثنائية عاجلة .

٥٤ - حالة الاستعجال في القانون اللبناني :

تنص المادة ٥٨ من الدستور اللبناني على أن « كل مشروع تقرر الحكومة كونه مستعجلا بموافقة مجلس الوزراء مشيرة الى ذلك بمرسوم الاحالة ، يمكن لرئيس الجمهورية بعد مضي أربعين يوما من طرحه على

المجلس دون أن يت به أن يصدر مرسوما قاضيا بتنفيذه بمد موافقة مجلس الوزراء » .

وظاهر أن هذا النص قد جاء مخالفا للأوضاع الدستورية المألوفة ، لأنه يعطي السلطة التنفيذية حق نزع التشريع من السلطة التشريعية وهي الأصلية : ولذا فقد انتقده الفقهاء .

٥٥ - نفاذ التشريع :

يتوافر للتشريع أيا كان نوعه وجوده القانوني إذا تم سنه بمعرفة السلطة المختصة . ولكن الوجود القانوني للتشريع لا يعني نفاذه ، بل لا بد لكي يصبح نافذا من أن يمر بمرحلتين : الأولى مرحلة الإصدار (La promulgation) والثانية مرحلة النشر (Ea publication) .

٥٦ - الإصدار :

الإصدار هو شهادة من السلطة التنفيذية ببولد القانون الجديد : وأمر صادر من رئيسها إلى عمالها بتنفيذه كتشريع من تشريعات الدولة . وسلطة إصدار التشريع من اختصاص رئيس الجمهورية .

٥٧ - النشر :

النشر عملية الغرض منها تسكين كل فرد من الإطلاع على التشريع . وعملية النشر هذه واجبة بالنسبة لكل أنواع التشريع ، سواء أكان تشريعا أساسيا أم تشريعا رئيسيا أم تشريعا فرعيا ، حتى يتمكن الناس من العلم به : وألا يكون في تطبيقه مفاجأة لهم .

والطريقة المعتادة لاقتراض هذا العلم هو نشر التشريع في الجريدة

انرسية للدولة . ولا تفني عن هذه الطريقة أية طريقة أخرى كالنشر في الصحف أو بطريق الاذاعة ، بل ' ان العلم العملي بالتشريع لا يغني عن العلم القانوني المستفاد من النشر في الجريدة الرسمية ، ولا استثناء لهذه القاعدة في القانون المصري .

أما القانون اللبناني فيجوز النشر بوسيلة من وسائل الاعلان الأخرى في حالة الضرورة (١) .

هذا ويجب نشر التشريع في خلال مدة معينة مع تحديد ميعاد نفاذه . والى هذا أشارت المادة ١٨٨ من الدستور المصري بقولها : « تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال اسبوعين من يوم اصدارها ، ويصل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها ، الا اذا حددت لذلك ميعاد آخر » .

أي أن مدة الشهر يجوز تنص على امالتها أو تقصيرها ، بل ان المصلحة قد تقضي بالنص على أن يبدأ نفاذ التشريع من تاريخ نشره .

الفرع الثاني

المصادر الاحتياطية

٥٨ - تحديد هذه المصادر :

سبق أن ذكرنا أن المصادر الاحتياطية للقانون هي : الدين في

(١) المادة الاولى فقرة ثالثة من المرسوم الاشتراعي رقم ٩ بتاريخ ١٩٣٩/١١/٢١ ، المضافة بالمرسوم الاشتراعي رقم ١٦ بتاريخ ١٩٤٣/٤/١٣ .

مسائل الأحوال الشخصية . والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية في مسائل المعاملات المالية في القانون المصري دون القانون اللبناني ، وأخيرا مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وسنعرض لكل مصدر من هذه المصادر .

المبحث الأول

الدين

La Religion

٥٩ - الدين كمصدر رسمي للقانون :

من الأديان ما لا يقتصر على تنظيم علاقة الانسان بخالقه ، أو علاقته بنفسه . بل يتناول أيضا علاقته بغيره . أي ينظم معاملاته مع بني جنسه ، وبذا تتناول أحكامه بجانب العقائد والعبادات مسائل المعاملات ، كالدين الإسلامي والدين اليهودي .

أما الدين المسيحي فقد اتجه أساسا الى كل ما يتعلق بالمعقيدة ولم يتناول من مسائل المعاملات الا النذر اليسير ، ولذا قام رجاله بوضع ما يسمى « بالقانون الكنسي » لتنظيم مسائل الزواج والميراث وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية ، مهتدين في عملهم بروح الديانة المسيحية . وقد كان الفصل في هذه المسائل من اختصاص القضاء الكنسي ، واستمر الأمر كذلك حتى ضعفت سلطة الكنيسة وقوي سلطان الدولة وأصبح القضاء في جميع هذه الأمور من اختصاص المحاكم المدنية ، وهي تطبق قانونا مستمدا من مبادئ القانون الروماني ، وان ظل للقانون الكنسي أثره فيما يتعلق بأمور الزواج للاعتقاد بأن رباط الزوجية رباط ديني كما هو رباط قانوني .

٦٠ - الدين الاسلامي كمصدر رسمي للقانون في مصر :

ظلت الشريعة الاسلامية المصدر الرسمي الأول للقانون في سائر البلاد العربية حتى عهد قريب . ففي مصر ومنذ الفتح الاسلامي الى عهد اسرة محمد علي كانت الشريعة الفراء هي القانون الواجب التطبيق بالنسبة لجميع الاشخاص وفي كافة المجالات ، ما تعلق منها بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية : وان خضع غير المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية لقانون الملة .

وقد ساعد على هذا الوضع المرسوم بالنسبة للشريعة الاسلامية أنهما من ناحية قد تناولت بالتنظيم كافة شؤون المعاملات ، وأنها من ناحية أخرى لم تعرض لمنافسة أي قانون آخر كالقانون الروماني .

واستمر هذا الوضع المزدهر بالنسبة للشريعة الاسلامية حتى قفل باب الاجتهاد ، فوقف تطور الشريعة ، واقتصر رجال الفقه على تقليد أئمة المذاهب الأربعة .

وقد أدى هذا الجمود وقصور القواعد السائدة عن مواجهة حاجات العصر ومتطلباته أن بدأ نفوذ القانون الفرنسي يتشرب في مصر ، فوضعت بعض التشريعات المستمدة من هذا القانون ، كقانون التجارة وبعض قواعد القانون الجنائي .

ولما أنشئت المحاكم المختلطة في عام ١٨٧٥ ، ثم المحاكم الأهلية في عام ١٨٨٣ ، تابع صدور القوانين الوضعية وهي القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات والقانون الجنائي وقانون تحقيق الجنايات . وجميع هذه القوانين مستمدة من القانون الفرنسي ، ولم تأخذ من

الشرعة الإسلامية إلا النذر اليسير من الأحكام في مسائل الشفعة ويسع المريض مرض الموت والظن وبعض موضوعات البيع والإيجار : وبذلك تبدل موقف الشرعة الإسلامية في هذا المجال من مصدر رسمي إلى مصدر تاريخي لما استمد منها من قواعد في هذه القلة من المواضيع .

غير أن الشرعة الإسلامية ظلت مصدرا رسميا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية وبعض موضوعات المعاملات المالية التي لم تتعرض لها القوانين السالفة الذكر ، وهذه هي مسائل الوقف والهبة والعكر : ولو أنه بصد صدور التقنين المدني الحالي الذي تناول بالتنظيم موضوعي الهبة والعكر تقلص أيضا موقف الشرعة كمصدر رسمي بالنسبة لهما كذلك .

٦١ - الدين كمصدر رسمي للقانون في لبنان :

اختلف مركز الدين كمصدر رسمي للقانون في لبنان ومر بأدوار متعددة يمكن انجازها فيما يلي :

الدور الأول ويبدأ من الفتح الإسلامي حتى صدور التقنينات العثمانية في أواسط القرن الماضي . وفي هذه الفترة كانت الشرعة الإسلامية هي المصدر الرسمي للقانون اللبناني بصفة عامة ، إذ كانت أحكامها هي السارية بالنسبة لجميع الأشخاص وفي كافة المسائل ما تعلق منها بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية : وإن استثنى غير المسلمين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية التي تركت لشرائعهم الدينية .

الدور الثاني ويبدأ بصدور التقنينات العثمانية حتى عهد الاستدباب الفرنسي : وفي هذه الفترة أصبحت الشرعة الإسلامية بالنسبة للموضوعات

التي تناولتها هذه التقنيات مصدرا تاريخيا بعد أن كانت مصدرا رسميا لها .

غير أن الشريعة الإسلامية ظلت مصدرا رسميا بالنسبة لنوعين من المسائل أغفلت هذه التقنيات تنظيمها ، وهذه هي مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الوقف ، مع التحفظ الخاص بغير المسلمين اذ كانوا يخضعون في مسائل الأحوال الشخصية لشرائعهم الدينية .

الدور الثالث ويبدأ من عهد الانتداب الفرنسي حتى عهد الاستقلال ، وفي هذه الفترة تمت الأمور الآتية :

أولا - فقدت المحاكم الشرعية ما كان لها من ولاية عامة في مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الوقف ، وبذلك زال ما كان لها من اختصاص بنظر قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين اذا اختلفوا ملة أو تراضوا على قبول اختصاصها .

ثانيا - قسم المسلمون الى طوائف مستقلة مما استتبع تعدد المحاكم وتعقد القواعد التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية . فقد قسمت المحاكم الشرعية الأصلية الى نوعين ، هما المحاكم السنية بالنسبة لأهل السنة ، والمحاكم الجعفرية بالنسبة لأهل الشيعة ، وقامت الى جوارها محاكم أخرى هي المحاكم الدرزية بالنسبة الى الدروز .

ثالثا - بدأت في هذه الفترة « علمنة القانون » في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، فصدرت تشريعات علمانية أي مدنية أي غير مستمدة مباشرة من الدين ، كفائون الوصية لغير المسلمين الصادر في آذار سنة ١٩٢٩ .

الدور الرابع ويبدأ من عهد الاستقلال ، وقد تميز بتأكيد
أمريين :

الأول - عدم التمييز بين المحاكم الشرعية وغيرها من المحاكم
المذهبية لغير المسلمين (قانون تنظيم القضاء الشرعي الصادر في ١٦ تموز
سنة ١٩٦٢) •

الثاني - الاستمرار في سياسة علانية القانون بالنسبة لبعض مسائل
الأحوال الشخصية لغير المسلمين : من ذلك قانون ٣ نيسان سنة ١٩٥١
الخاص بتحديد صلاحيات المراجع المذهبية المسيحية والاسرائيلية ،
وقانون الارث لغير المحدثين الصادر في ٢٢ حزيران سنة ١٩٥٩ •

المبحث الثاني

المعرف

La Coutume

٦٢ - مركز العرف بالنسبة لغيره من المصادر :

العرف أقدم مصادر القانون ، بقي الجماعات الاولى ، وقبل نشوء
الدولة ووجود هيئة تشريعية ، اضطر الافراد تحت ضغط الحاجات
والظروف ، الى ايجاد قواعد تسد مطالبهم الاقتصادية وحاجياتهم الاجتماعية
ومشاربهم الخلقية ، وما القوانين القديمة المكتوبة الصادرة من الحكام
أي القواعد القانونية التشريعية ، التي يحدثنا عنها التاريخ كقانون
حمورابي سنة ٢٠٠٠ قبل الميلاد والالواح الاثني عشر الرومانية المعروفة ،
الا مجرد تدوين للقواعد العرفية التي كان معمولاً بها •

ولما تقدمت الجماعة وتطورت ظهر بجانب العرف مصادر اخرى

وهي الدين ثم التشريع الذي يحتل الآن مكان الصدارة بالنسبة لجميع المصادر على ما سبق أن بينا .

والعرف ينشأ اذا خط الناس لأنفسهم سنة معينة أو قاعدة معينة لتنظيم روابطهم الاجتماعية أو الاقتصادية ، واطرد اتباع هذه القاعدة ، وثبت وتقادم ، وعم وانتشر تحت ضغط الحاجة والميل الى المألوف وحب التقليد ، وقام في ذهن الجماعة لزوم هذه القاعدة .

٦٢ - مزايا العرف وعيوبه :

اذا كان للعرف ميزة الانبثاق من ظروف الجماعة الاقتصادية والاجتماعية ، بحيث تأتي قواعده ملبية لاحتياجاتها ومتطلباتها ، على عكس التشريع الذي قد يفرض على الجماعة على ما سبق أن رأينا .

واذا كان للعرف ميزة التطور بتطور شتى الظروف المحيطة بالجماعة ، بخلاف التشريع الذي تفرض عليه نصوصه المكتوبة نوعا من الجمود ، فان العرف لا يخلو مع ذلك من العيوب .

فقد عيب على العرف انه طريقة بطيئة لتطوير القانون ، لانه يؤخذ من اعتياد الجماعة على سنة معينة ، والاعتياد يحتاج الى زمن طويل حتى يتوافر للقاعدة العرفية الثبات والاستقرار ، في حين ان الحياة في عصرنا هذا لا تعمل مثل هذا البطء ، ولذا كان التشريع اجدى وأسرع منه في تلبية ما يجد من حاجات المجتمع .

كذلك أخذ على العرف ، وهو قانون غير مكتوب ، ما قد يعتربه من غموض وإبهام ، بعكس التشريع ، فان صياغته في نصوص مكتوبة محكمة تفضي عليه الكثير من الوضوح .

على أن هذه الميوب التي للعرف لا تقدر من أهمية كمصدر احتياطي
من مصادر القانون بجانب التشريع .

هذا وستناول في دراستنا للعرف الكلام : أولا - في تعريفه
وشروطه . وثانيا - في مركزه بالنسبة الى التشريع .

المطلب الأول

التعريف بالعرف وشروطه

٦٤ - التعريف :

العرف هو مجموعة القواعد التي كوتها الحاجات الاجتماعية على
مر الزمن وتوارثتها الاجيال ، واعتقد الناس وجوب اتباعها ، والتعرض
للجزاء عند مخالفتها . ويستنبذ من هذا التعريف الشروط اللازمة لتكوين
القاعدة العرفية .

٦٥ - شروط العرف :

إذا حللنا تعريف السابق الذكر لوجدنا ان العرف يتكون من
عنصرين أو ركنين : أحدهما مادي وهو اطراد العمل بسنة معينة والاعتقاد
عليها ، والآخر معنوي وهو الاعتقادي في لزوم هذه السنة وعدم جواز
الخروج عليها .

٦٦ - الركن المادي - الاعتقاد على عادة معينة :

يتكون الركن المادي كما سبق ان ذكرنا من اعتقاد الناس على سنة
معينة أو على قاعدة معينة في تنظيم شأن من شؤون حياتهم الاجتماعية
أو الاقتصادية . ويتم هذا اعتقاد بمعدل عن السلطة الحاكمة وتوجيهاتها ،

بمعنى ان الجماعة تتبع هذه السنة من تلقاء نفسها اما لشعورها بضرورتها
واما لاستحسانها لها ، وأما لمجرد التقليد لغيرها .

ويطلق على هذا الركن اسم العادة (Usage) ، فمثلا جرت العادة
في مصر على ان الزوجة المسلمة تستحضر معها الاثاث اللازم لمنزل الزوجية .
ويشترط في العادة المكونة للركن المادي للعرف عدة شروط هي :

اولا - التقدم : فالعادة يجب ان تكون قديمة ، بمعنى ان يكون قد
مضى على اتباعها والعمل بمقتضاها مدة طويلة ، مما يدل على تأصلها في
نفس الجماعة . وليس هناك مقياس زمني لتقدير هذه المدة ، بل الأمر
متروك لتقدير القاضي وفقا للظروف ، فهو الذي يقدر ما اذا كانت العادة
قد استقرت بحكم القدم أم لا .

ثانيا - الثبات : وهو شرط مكمل لشرط التقدم لأن به تستقر القاعدة
العرفية ، ويقصد به ان يطرد العمل بالعادة بطريقة منتظمة ، فلا يتبعها الناس
في وقت ويعدلون عنها في وقت آخر ، وتقدير ذلك متروك للقاضي .

ثالثا - العموم : يشترط في العادة أن تكون عامة أي ان تنصرف الى
الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم ، وهو شرط يجب أن يتوافر في كل قاعدة
قانونية إما كان مصدرها .

ولا يقصد بالعموم أن تنطبق القاعدة العرفية على جميع افراد الجماعة
أو على كل اقليم الدولة ، ذلك ان العرف قد يكون محليا أي قاصرا على
جزء معين من الاقليم ، أو طائفا أو مهنيا كالعرف التجاري والعرف الزراعي .

رابعا - ألا يتعارض مضمون العادة مع النظام العام أو الآداب .
وهذا الشرط من المتصور تطلبه بالنسبة للعرف المحلي أو الطائفي أو

المعني ، لأنه لا يجوز ان يكون أي منها مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجماعة . اما العرف الشامل لكل الناس في كل الاقليم فلا يتصور أن تتطلب فيه هذا الشرط ، لأن فكرة النظام العام أو الآداب هي نفسها تابعة من الجماعة ويساهم في تكوينها وتحديدها العرف الشامل (١) .

٦٧ - الركن المعنوي - الاعتقاد في لزوم العادة :

لكي يقوم العرف يجب ان يتوافر لدى الناس الشعور ان العادة التي جروا على اتباعها ملزمة لهم ، وانها واجبة الاحترام كالقاعدة التشريعية سواء بسواء ، وأنها تخول حقا يمكن المطالبة به امام القضاء كحق الزوجة في فرنسا في أن تحمل اسم زوجها .

أي أنه بتوافر الركنين المادي والمعنوي تصبح القاعدة العرفية قاعدة قانونية صادرة ومعبرة عن ارادة الجماعة مباشرة ، ويتمين على القاضي تطبيقها باعتبارها قانونا .

اما اذا افتقدت القاعدة او السنة الركن المعنوي فانها لا تعتبر عرفا بل مجرد عادة اتفاقية ، ولذا يجب التمييز بينهما .

٦٨ - التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية :

رأينا ان العرف يقوم على ركنين هما الركن المادي أي الاعتياد ، والركن المعنوي أي عقيدة الالتزام . اما اذا تخلف هذا الركن الاخير فلا نكون أمام قاعدة عرفية وانما أمام عادة اتفاقية (Usage conventionnel) . وينبغي على ذلك ان القاعدة العرفية تلزم المتعاقدين ويتمين تطبيقها ولو

(١) اذا تعارض العرف الشامل مع قاعدة تشريعية أمرة ، وجب بطبيعة الحال تفضيل القاعدة التشريعية ، لان العرف وهي ادنى منزلة من التشريع لا يجوز له أن يتعارض معه .

كانا يجعلانها لتوافر عنصر الالتزام فيها . مثلها في ذلك مثل القاعدة التشريعية ، فهي تطبق على الأفراد ولو لم يعلموا بها ، لأنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بأحكام القانون .

أما العادة الاتفاقية فلا يعمل بها الا اذا اتفق المتعاقدان على الأخذ بها صراحة أو ضمنا : أي أن قوتها مستمدة من اتفاق المتعاقدين عليها ، ولذا سميت بالعادة الاتفاقية ، وينبغي على ذلك أنه اذا لم يتفق عليها فلا يجوز العمل بها أي لايجوز تطبيق حكمها . ومن الأمثلة على العادة الاتفاقية العادية الجارية في مدينة القاهرة من أن المؤجر يتحمل ثمن استهلاك المياه ، بعكس العادة الجارية في مدينة الاسكندرية من تكفل المستأجر بها . ومن الأمثلة عليها كذلك أنه في بيع بعض انواع الفاكهة بسعر المائة حبة ، تحسب المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين وفقا للعادة الجارية في كل منطقة .

هذا ويلاحظ أن العرف كما ينشئ قواعد قانونية آمرة لا يجوز استبعاد حكمها أو الاتفاق على ما يخالفها كحق الزوجة في فرنسا في حمل اسم زوجها ، ينشئ كذلك قواعد قانونية مكملة أو مفسرة كاعتبار أثاث المنزل مملوكا للزوجة المسلمة في مصر . ولما كانت القواعد القانونية المكملة أو المفسرة يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وجب التمييز بينها وبين الصادات الاتفاقية .

فالقاعدة المكملة قاعدة قانونية لأنه قد توافر لها عنصر الالتزام ، ولكن لعدم تعلقها بالنظام العام أو الآداب ، أجاز المشرع الاتفاق على استبعاد حكمها ، أي أن شرط انطباق القاعدة المكملة هو عدم وجود اتفاق على ما يخالفها .

أما العادة الاتفاقية وهي لم ترق الى مرتبة القاعدة القانونية لتخلف

عنصر الالتزام فيها ، فلا يعمل بها الا اذا اتفق المتعلم على ذلك ، أي ، إذ شرط انطباق المادة الاتفاقية هو وجود اتفاق صريح أو ضمني يقضي بذلك .

هذا وينبغي مراعاة ان المشرع كثيرا ما يحيل على العادات الاتفاقية ، وقد يتجاوز في تسميتها فيطلق عليها اسم العرف ، وفي هذه الحالة لا تستبد المادة الاتفاقية قوتها من اتفاق المتعاقدين على الاخذ بحكمها ، بل تستمد هذه القوة من نص القانون ، وفي هذه الحالة تقترب من القاعدة القانونية المكمل ، بمعنى أنها تطبق اذا لم يتفق على استبعاد حكمها ، ومن الأمثلة على ذلك ما تقتضي به المادة ٢٣٢ من التقنين المدني المصري من أنه « لا يجوز تقاضي فوائد على متجدد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال ان يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » .

٦٩ - نتائج التمييز بين العرف وبين المادة الاتفاقية :

رأينا ان العرف يفرق عن المادة الاتفاقية في انه قد توافر له بجانب الركن المادي أي الاعتياد ، الركن المعنوي أي الالتزام ، في حين أن المادة الاتفاقية لا تتضمن الا ركن الاعتياد فقط . وبعبارة أخرى ان القاعدة العرفية تفرق عن المادة في أنها قاعدة قانونية استكملت كل شروطها . وينبغي على هذه التفرقة نتائج هامة عدة ، نشير منها الى ما يلي :

أولا - العلم بالعرف : العرف كقانون يفترض العلم به ، لأن القاعدة - كما سبق أن ذكرنا - أنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بأحكام القانون ، ولذا فهو يطبق على المتقاضين علموا أم جهلوا به .

أما المادة الاتفاقية ، فيتعين العلم بها ، لأن شرط تطبيقها ، كما سبق القول ، هو الاتفاق الصريح أو الضمني على الاخذ بحكمها .

ثانياً - اثبات العرف - في كل نزاع يطرح امام القضاء تشار مسألتان : مسألة الوقائع ، والقاعدة فيها أن على المدعي اثبات دعواه . ومسألة القانون وتطبيقه على هذه الوقائع ، والقاعدة فيها أن على القاضي معرفة القانون ووجوب تطبيقه على الوقائع من تلقاء نفسه أي ولو لم يطلبه الخصوم : سواء في ذلك أكان قانوناً مسنداً من التشريع أم مستمداً من العرف .

وبعبارة أخرى ان القاعدة العرفية باعتبارها قاعدة قانونية يفترض علم القاضي بها ، ويتعين عليه تطبيقها ولو لم يتمسك بها الخصوم ، ولذا لا يكلف هؤلاء كبداً عام باثباتها .

أما العادة الاتفاقية ، فهي من قبيل الوقائع ، ولذا يتعين على من يتمسك بها من المتقاضين اثبات وجودها واثبات الاتفاق على الأخذ بحكمها .

على أنه اذا كان الأصل - كما سبق أن ذكرنا - ان الخصوم لا يكلفون باثبات القاعدة العرفية لافتراض علم القاضي بها ، الا انها باعتبارها قاعدة غير مكتوبة ، أي باعتبارها مجرد معنى يستخلص من اعتياد الجماعة على العمل به كسنة ملزمة ، قد يصعب على القاضي الالمام بها امامه بالقاعدة التشريعية لأنها قاعدة مصاغة في قالب مكتوب . ولذا يكون له ، أي للقاضي ، أن يطلب من الخصم الذي يدعي وجود القاعدة العرفية اقامة الدليل عليها ، كما أن لهذا الخصم أن يبادر بتقديم هذا الدليل ولو لم يطلب منه . واثبات وجود القاعدة العرفية يكون بطبيعة الحال بكافة طرق الاثبات .

ثالثاً - رقابة محكمة النقض على العرف : العرف باعتباره قانوناً

يخضع القاضي في تطبيقه له لرقابة محكمة النقض (أي محكمة التمييز كما تسمى في لبنان) •

أما المادة الاتفاقية ، وهي من فيل الواقع ، كما سبق القول ، فلا معقب على تقدير قاضي الموضوع بها (قاضي الأساس في لبنان) ، أي لا لرقابة لمحكمة النقض على عمله في هذا الشأن •

المطلب الثاني

مركز العرف بالنسبة الى التشريع

٧٠ - منزلة العرف في القوانين احدثية :

لم يعد للعرف كمصدر رسمي من مصادر القانون المنزلة التي كانت له قديما في أغلب الدول الحديثة •

فقديما - كما نعلم - كان للعرف مصدرية اصدارية ، بل كان العرف هو المصدر الوحيد للقانون في الجماعات الاولى . حتى ظهر بجانبه الدين ثم التشريع •

اما الآن فلم يعد للعرف هذه المنزلة بسبب البطء في تطوره ، وقصوره عن مواجهة ما يجد من ظروف اجتماعية أو اقتصادية تستدعي سرعة التنظيم ، فضلا عما ينقص قواعده من وضوح ودقة في التشريع . ولهذا يزد التشريع وأخذ منه مكان الصدارة •

على أن تأخر العرف في المرتبة لم يفقده اهميته كمصدر احتياطي أو تكميلي بجانب التشريع ^(١) : يسد ما فيه من نقص أو يساعد على تحديد مضمونه •

(١) يعتبر العرف مصدرا رسميا تكمليا في القانون اللبناني كما هو الشأن في القانون المصري ، وهو ما يستفاد من نص الفقرة الاولى من المادة الرابعة من قانون التجارة اللبناني •

٧١ - تقسيم :

ستتناول في دراستنا لمركز العرف بالنسبة الى التشريع البحث في
الموضوعات الآتية :

أولا - نتائج تأخر العرف عن التشريع في المرتبة من حيث امكانية
الغاء قاعدة تشريعية أو مخالفتها .

ثانيا - دور العرف المساعد بجانب التشريع .

ثالثا - أثر العرف في تكوين فروع القانون المختلفة .

١ - نتائج تأخر مرتبة العرف عن التشريع

٧٢ - عدم قدرة العرف على الغاء نص تشريعي :

لا يستطيع العرف - كقاعدة عامة - الغاء نص تشريعي آمر ، سواء
وجد هذا النص لتأمين مصلحة عامة من مصالح الدولة الاساسية ، أم
وجد لحماية مصلحة خاصة ، لأن الأمر يتعلق في الفرضين بالنظام معا .

كذلك لا يستطيع العرف الغاء نص تشريعي مكمل لأن العرف أدنى
مرتبة من التشريع ، ولا يتصور أن الأدنى يلغي الأعلى . ولكن العرف
يستطيع - كما سنرى - مخالفة نص تشريعي مكمل أي مفسر ، مثله
في ذلك مثل اتفاق المتعاقدين على استبعاد او مخالفة النص المكمل ، دون
أن يحمل ذلك محمل القدرة على الالغاء .

ويؤيد هذا الرأي ما تقضي به المادة الثانية من التقنين المدني المصري
من أنه « لا يجوز الغاء نص تشريعي الا بتشريع لاحق ينص صراحة على
هذا الالغاء ... إلخ » .

وقد عقلت على ذلك المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدني بقولها « وغني عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع لا بمقتضى تشريع آخر ، يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق » (١) .

٧٢ - عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي أمر :

كما لا يستطيع العرف إلغاء نص تشريع أمر لتعلقه بالنظام العام ، لا يستطيع العرف كذلك أن يجري على مخالفته ، لأن من شروط العرف ألا يتعارض مع النظام العام أو الآداب . وهذه - في اعتقادنا - قاعدة مطلقة بالنسبة لكل فرع من فروع القانون ، بمعنى أنه لا يجوز أن يجري عرف في المسائل المدنية بما يخالف نصا تشريعا أمرا من نصوص القانون المدني ، ولا أن يجري عرف في المسائل التجارية بما يتعارض مع نص تشريعي أمر من نصوص القانون التجاري (٢) .

وما أثار الجدل في هذا الموضوع إلا ما قد يجري به العرف التجاري من مخالفة لنص قانوني أمر من نصوص القانون المدني ، علما بأن القانون المدني هو الأصل العام بالنسبة للقانون التجاري ، أي هو الأصل الذي يمتنع الرجوع إليه إذا لم يوجد حكم في القانون التجاري ، سواء كان حكما مستمدا من التشريع أم من العرف .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ١٩٦ .
(٢) هذا هو المعنى المقصود من حكم المادة ٤ / ١ من قانون التجارة اللبناني الذي يوجب على القاضي - عند تحديد مفاعيل العمل التجاري - تطبيق العرف ما لم يظهر قصد المتعاقدين إلى مخالفته ، بشرط ألا يكون العرف « متعارضا مع النصوص الاشتراعية الإلزامية » . فالمراد هنا هو النصوص الاشتراعية الإلزامية أي الأمرة في القانون التجاري .

والرأي عندنا أنه إذا كان المبدأ أن القانون المدني هو الشريعة العامة الأساسية التي تحكم معاملات الأفراد ، إلا أن القانون التجاري هو شريعة الخاصة بالنسبة للمعاملات التجارية . وينبغي على ذلك أنه إذا وجد حكم في القانون التجاري سواء كان مصدره التشريع أم العرف ، وجب العمل بهذا الحكم ولو تعارض مع نص من نصوص القانون المدني . لأن هذا القانون الأخير لا تثبت له الولاية إلا في حالة قصور أحكام القانون التجاري عن مواجهة النزاع المطروح . وهذا ما أخذت به المادة ٢٣٣ من التقنين المدني المصري في شأن الفوائد ، فقررت انه « لا يجوز تقاضي فوائد على متجسد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجسوع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد ولعادات التجارة » . وظاهر من هذا النص أن أحكام القانون التجاري التشريعية أو العرفية في شأن الفوائد يعمل بها ولو كانت مخالفة لنصوص القانون المدني .

٧٤ - جواز مخالفة العرف للنصوص المكملية :

المسندة إلى النصوص التشريعية المكملية أو المفصلة إنما وجدت لتكملة ما نقص من شروط العقد عند سكوت المتعاقدين عن تنظيمها ، وأنه إذا ظهرت إرادة المتعاقدين في هذا الشأن وجب الأخذ بها ، ولو اتجهت هذه الإرادة إلى إسبعاد تطبيق أحكام النصوص المكملية أو مخالفتها .

وإذا كان لإرادة الأفراد الاتفاق على ما يخالف أحكام النصوص المكملية . فبما لا شك فيه أنه يجوز أن يجري العرف في الجماعة على ما يختارها . وقد عني المشرع إلى الإشارة إلى ذلك في أكثر من موضع :

فمثلاً تقضي المادة ١/٤٥٦ مدني بأنه « يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع : ما لم يجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » .

فهذه المادة وغيرها تشير صراحة الى جواز مخالفة العرف
لنص من النصوص التشريعية المكملة .

٢ - دور العرف بجانب التشريع

٧٥ - تحديد دور العرف كمصدر تكميلي :

يقوم العرف بجانب التشريع بدور مساعد يتمثل في تكملة ما نقص
من أحكامه ، وفي تحديد وإيضاح ما أجمل منها ، وعلى هذا سنتكلم في
العرف المكمل للتشريع ثم في العرف المعاون له .

٧٦ - العرف المكمل للتشريع :

يعتبر العرف مصدرا احتياطيا للتشريع يلجأ اليه القاضي اذا أعوزه
النص ، وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة الاولى من التقنين المدني
المصري بقولها « فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي
بمقتضى العرف ... الخ » .

وقد علق على ذلك المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدني على
هذا الحكم ، فقررت « والواقع ان العرف هو المصدر الذي يلي التشريع
في المرتبة ، فمن الواجب ان يلجأ اليه القاضي مباشرة اذا افتقد النص ...
فالعرف هو المصدر الشعبي الاصيل الذي يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة ،
ويعتبر وسيلتها القطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي
يسجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك
ظل هذا المصدر وسيظل الى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصب لا يقف
اتجاهه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري في
شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على
السواء » (١) .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ١٨٧ و ١٨٨ .

٧٧ - العرف الملون لتشريع :

قد يلجأ المشرع الى العرف لتحديد أو ايضاح مضمون قاعدة تشريعية يصعب على الصياغة القانونية الاضطلاع بها ، والامثلة على ذلك كثيرة ومتعددة ، نكتفي هنا بالاشارة الى بعض منها ، من ذلك :

« ما تنص عليه المادة ١٤٨/٢ من التقنين المدني المصري من أنه « لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والمدالة بحسب طبيعة الالتزام » .
فمثلا جرى العرف في شأن التعامل في بعض المحلات العامة كالقنادق والمقاهي والمطاعم من اضافة نسبة مئوية الى قائمة الحساب مقابل الخدمة ، فهذا الذي جرى به العرف يؤخذ به في تحديد مضمون التزام العميل ولو لم يذكر له .

وما تقضي به المادة ١٥٠/٢ من هذا القانون من انه « اذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات » .

والاشارة هنا الى عرف التعامل راجع الى افتراض علم المتعاقدين به ، وأن في السكوت عن ذكر ما يخالفه قرينة على انصراف نيتهما الى العمل بمقتضاء .

٢ - اثر العرف في تكوين فروع القانون المختلفة

٧٨ - اختلاف اثر العرف باختلاف فروع القانون :

يختلف اثر العرف في تكوين القواعد القانونية باختلاف فروع القانون على ما سنرى .

٧٩ - اثر العرف في القانون الدستوري :

يختلف أثر العرف في القانون الدستوري باختلاف الدول . ففي إنجلترا كان للعرف الحظ الاوفر في تكوين القواعد الدستورية ، وان بدأ التشريع يأخذ مكانه بجانبه كمصدر للدستور الانجليزي في الوقت الحاضر .

واذا كانت القاعدة أنه بجانب كل دستور عرفي، توجد قواعد دستورية مكتوبة ، وأنه بجانب كل دستور مكتوب ، توجد قواعد دستورية عرفية ، فانه بالتطبيق لهذه القاعدة نجد في كل من الدستورين المصري والبناني ، وكلاهما دستور مكتوب ، نجد قواعد دستورية عرفية من ذلك : ما جرى عليه العرف في مصر في ظل دستور سنة ١٩٢٣ من تقرير حق السلطة التنفيذية في اصدار لوائح الضبط ، وما جرى به العرف في لبنان من تفويض مجلس النواب للحكومة في اصدار مراسيم اشتراعية في مسائل محددة ولمدة معينة .

٨٠ - اثر العرف في القانون الاداري :

يقوم العرف في نطاق القانون الاداري بسد النقص في القواعد التشريعية ، وفي هذا تقول محكمة القضاء الاداري المصرية ان « العرف الاداري الذي استقر العمل عليه واضطرد ، هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة ، بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع ، مما تجوز المؤاخذه عليه » ذلك ان المخالفة القانونية لا تقتصر ، كما تقول محكمة القضاء الاداري ، على مخالفة نص في قانون أو لائحة ، بل هي تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة (١) .

(١) محكمة القضاء الاداري بمجلس الدولة في ٤ مايو سنة ١٩٥٠ ،

الحاماة ٣١ - ٢٣٥ - ٧٢ .

٨١ - اثر العرف في القانون الدولي العام :

يقوم العرف بدور هام في تكوين قواعد القانون الدولي العام نظرا لعدم وجود هيئة تشريعية دولية مختصة بوضع احكام هذا القانون كما هو الحال بالنسبة الى القانون الداخلي . ونذا فان الكثير من المبادئ التي يتضمنها القانون الدولي العام انما مردها السنة المطردة التي اتبعتها الدول في تنظيم علاقاتها .

٨٢ - اثر العرف في القانون الجنائي :

لما كانت القاعدة في القانون الجنائي أنه لا جريمة ولا عقوبة الا بنص تشريعي ، انعدم أثر العرف كمصدر لهذا القانون . والحكمة من تقرير القاعدة السابقة هو ضمان حرية الافراد .

٨٣ - اثر العرف في القانون المدني :

نظرا لضرورة القواعد التشريعية في القانون المدني ، وعناية المشرع بتنظيم وتفصيل احكامه ، لم يعد للعرف الا دورا متواضعا في مجال هذا القانون . ومع ذلك فقد رأينا أن المشرع كثيرا ما يحيل الى العرف في الكثير من النصوص ، كما أن من احكام هذا القانون ما ينبع من العرف، كالقرينة العرفية التي تفترض ملكية الزوجة المسلمة لاثاث المنزل في مصر .

٨٤ - اثر العرف في القانون التجاري :

يقوم العرف بدور هام في مجال القانون التجاري لعدم وفرة النصوص التشريعية من ناحية ، وقصور هذه النصوص عن مواجهة متطلبات الحياة التجارية المتجددة والمتنوعة بتنوع انواع التجارة من ناحية اخرى . كما ان المشرع قد قصد قصدا عن تنظيم بعض المسائل التجارية ، تاركا ايها للعرف ، باعتباره أقدر على مواجهتها .

ومن الامثلة على القواعد العرفية في مجال القانون التجاري افتراض التضامن بين المدينين ، بحيث يستطيع الدائن ان يحصل على كل دينه من أي واحد منهم ، في حين أن التضامن لا يفترض في القانون المدني ، بل يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون (م ١/٢٤ موجبات و ٢٧٩ مدني) .

ومن الامثلة عليها كذلك جواز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، أو تقاضي فوائد تزيد في مجموعها على رأس المال ، وهو ما تحرمة النصوص التشريعية في القانون المدني المصري (م ٢٣٢) .

المبحث الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

٨٥ - اختلاف الوضع في مجال الاحوال الشخصية عنه في مسائل المصالحات :

رأينا ان الدين يعتبر مصدرا رسميا في مسائل الاحوال الشخصية بجانب التشريع ، بل ان الجانب الأكبر من هذه المسائل لا يزال خاضعا في تنظيمه لأحكام الدين ، وأكثر من ذلك فان النصوص التشريعية التي نظمت بعض مسائل الاحوال الشخصية قد استمدت احكامها من الدين ، وعلى الأخص من الشريعة الإسلامية ، وهو ما حمل فريقا من الفقهاء الى اعتبار الدين مصدرا رسميا أصليا في مسائل الاحوال الشخصية (١) .

ويقصد بالدين هنا الشريعة الإسلامية بالنسبة الى المسلمين والشرائع الدينية الأخرى بالنسبة الى غيرهم . هذا مع ملاحظة أنه في مصر تعتبر

(١) راجع توفيق فرج ، الأصول العامة للقانون سنة ١٩٧٢-١٩٧٣ ، ص ٩٧ ، وحسن كيرة ، مبادئ القانون سنة ١٩٦٨ بند ٨٨ وما بعده .

الشرعة الإسلامية هي الأصل العام بالنسبة إلى جميع المصريين سواء كانوا مسلمين أم غير مسلمين ، أي أن رجوع غير المسلمين إليها هو الأصل ، وإن الرجوع إلى شريعتهم الخاصة هو الاستثناء .

أما في مسائل المعاملات المالية فإن الشريعة الإسلامية في القانون المصري فقط — دون القانون اللبناني — تعتبر مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليه القاضي بعد العرف .

وقد استحدث المشرع المصري هذا الحكم في التقنين المدني (٢/١ م) استجابة منه لأهمية الشريعة الإسلامية ودورها في تكوين قواعد القانون في مصر .

ومن الملاحظ عليه أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هنا المبادئ والأصول العامة التي لا تختلف من مذهب إلى مذهب آخر من المذاهب الشرعية .

البحث الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

٨٦ - افترض من الاحالة الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

نصت المادة الاولى من التقنين المدني في فقرتها الثانية على أنه « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ؛ فإذا لم يوجد ، فبمقتضى الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

أي أن على القاضي ، في النزاع المطروح أمامه ، الرجوع أولا إلى

النص التشريعي ، ولا يجوز له المدول عنه بحجة النوض والاجام ، بل عليه تفسيره وفق القواعد التي وضعها له المشرع .

وان لم يجد نصا تشريعا لجا الى العرف ، فان لم يجد رجع الى مبادئ الشريعة الاسلامية ، وان لم يجد فلا يجوز له التناول عن القضاء ، لأن تناول القاضي عن القضاء جريمة يعاقب عليها القانون (م ١٢٢ من قانون العقوبات المصري و ٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني) ، بل يتعين عليه في هذه الحالة الرجوع الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لاستلزام الحكم الواجب التطبيق .

٨٧ - المقصود بالقانون الطبيعي وقواعد العدالة :

ليس المقصود هنا بالقانون الطبيعي ذلك القانون الأزلي الذي يكشفه العقل البشري والذي يسمو على جميع القوانين الوضعية ، والذي لا يتغير بتغير الزمان والمكان ، كما كان يصور في بديء الامر .

كذلك ليس المقصود به ذلك المثل الاعلى الذي يوجه المشرع فيه فيما يضع من قواعد ، مراعى فيها حاجات المجتمع وظروفه المتغيرة ، اذ لكل مجتمع مثله الاعلى . أي ليس المقصود به ذلك القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة ، الذي تسنده العدالة في التطبيق .

انما المقصود باحالة المشرع الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، هو الزام القاضي في أن يجتهد برأيه في النزاع المطروح امامه ، حتى يقطع عليه سبيل التناول عن القضاء ^(١) . أي أن الاحالة الى مبادئ

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية لشروع التقنين المدني ، ج ١ ، ص ١٨٨ .

القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لا تعني الإحالة الى قواعد قانونية بالمعنى الصحيح ، كما هو الشأن في الإحالة الى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية، وإنما تعني مطالبة القاضي بالاجتهاد على ضوء أي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ويتعين على القاضي في اجتهاده هذا ان يراعي الاعتبارات الموضوعية العامة ، لا الاعتبارات الخاصة الصادرة عن معتقداته الشخصية .

الفصل الثاني

المصادر التفسيرية

٨٨ - المقصود بالتفسير :

متى وجدت القاعدة القانونية ، مستقاة من مصدر من المصادر الرسمية التي سبق الكلام فيها ، احتاجت في تطبيقها على فروض الواقع الى تفسيرها ، والتفسير يتناول ما يأتي :

أولا - تحديد معنى القاعدة القانونية اذا شأها الغموض ، أو وردت بها ألفاظ في حاجة الى بيان أو في حاجة الى ضبط المراد منها كلفظ المش أو لفظ سوء النية ... الخ .

ثانيا - تكميل القاعدة القانونية اذا عابها الاقتضاب والايجاز .

ثالثا - رفع التناقض الموجود بين قاعدتين قانونيتين بالتوفيق بينهما ، أو ترجيح احدهما على الأخرى اذا لزم الأمر .

رابعا - المساهمة في تطبيق القواعد القانونية على الواقع التفسير بجزئياته وخصايصه .

والمصادر التفسيرية في القوانين الحديثة ومنها القانون المصري
والقانون اللبناني هما الفقه والقضاء .

٨٩ - الفقه (La Doctrine) :

يقصد بالفقه مجموعة الآراء التي تدين بها أغلبية الفقهاء أو الشراح .
وقد مرت على الفقه حقبة من الزمن كان فيها مصدرا رسميا من مصادر
القانون كما يدلنا على ذلك تاريخ القانون الروماني والقانون الفرنسي
القديم ، وكذلك تاريخ الشريعة الإسلامية في تطورها حتى قفل باب
الاجتهاد وظهور عصر المقلدين .

أما الآن فإن عمل الفقه قاصر على تفسير الفواعد القانونية وإرشاد
القاضي في تطبيقه للقانون وتوجيه المشرع الى ما قد يكون فيه من عيب أو
قصور .

٩٠ - القضاء (La Jurisprudence) :

القضاء هو مجموعة المبادئ العامة التي تستخلص من أحكام المحاكم
عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها .

وقد قام القضاء بنفس الدور الذي اضطلع به الفقه قديما ، فكان
مصدرا رسميا للقانون في الشرائع القديمة ، وتحول الآن الى مصدر
تفسيري له في معظم القوانين الحديثة ، وعلى الأخص القوانين اللاتينية
والقوانين التي سارت على منهجها ، ومنها القانون المصري والقانون
اللبناني .

أما في القوانين الانجلو سكسونية فلا يزال القضاء يقوم بدوره كمصدر
رسمي ، لأن من المبادئ المقررة في هذه القوانين أن أحكام المحاكم العليا

تكون سوابق قضائية ملزمة للمحكمة التي أصدرتها وللمحاكم التي عليها في الدرجة .

٩١ - العلاقة بين عمل الفقه وعمل القضاء في تفسير القانون :

رأينا ان كلا من الفقه والقضاء يقوم بتفسير القانون ، الا أن الفقهاء ينحون عادة في تفسيرهم له منحاً نظرياً قائماً على التعرف على نية المشرع وعلة التشريع ، دون التأثير كثيراً بحقائق الواقع ، وهو ما يخالفهم فيه القضاء ، إذ لواقع الأمور ومتطلبات الحاجات العملية أثره فيما يسطون للنصوص من تفسير .

ولذا كانت هذه النظرة المتباينة قد أدت في الماضي الى وجود اختلاف بين القانون كما يفهم ويدرس الفقهاء ، وبين القانون كما تطبقه المحاكم ، الا ان شقة هذا الخلاف قد تلاشت في الوقت الحاضر ، وتم التقارب والتعاون بين هذين المصدرين في سبيل نمو القانون وتطوره .

الباب الثالث

تطبيق القانون

٩٢ - تقسيم :

إذا ما توفر للقاعدة القانونية مقوماتها . من أي مصدر صدرت هذه القاعدة ، أصبح من الواجب تطبيقها ، والسلطة المختصة بتطبيق القواعد القانونية هي السلطة القضائية .

وتحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية يشير أموراً ثلاثة تتمثل فيما يلي :

الأول - تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية بالنسبة إلى المخاطبين بأحكامها ، وهل تسري في حق الجميع ولو جهل بها البعض ؟

الثاني - تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية بالنظر إلى المكان أو بمسألة أخرى هل القاعدة القانونية اقليمية التطبيق أم شخصية التطبيق ؟

الثالث - تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية بالنظر إلى الزمان ، وهو ما يشير مسألة تنازع القوانين في الزمان إذا ما ألغي قانون واستبدل به قانون آخر .

الفصل الاول

نطاق القاعدة القانونية بالنظر الى المخاطبين بأحكامها

٩٢ - مبدأ امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون :

إذا ما وجدت القاعدة القانونية مستمدة من مصدر من المصادر الرسمية التي ذكرناها وهي التشريع والدين والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ، فإنها تسري في حق جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامها ، ولو جهل بها البعض منهم ، وهذا هو مبدأ امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون (Nul n'est censé ignorer la loi) . أي أنه لا يجوز لأحد أن يدعي عدم العلم بالقانون ، أي يدعي الجهل به ، ليتخلص من تطبيق حكمه عليه .

وهذا المبدأ واجب الأخذ به بالنسبة لجميع أنواع القواعد القانونية، أي بالنسبة الى القواعد القانونية الأمرة والقواعد القانونية المكملة أو المنسقة على حد سواء .

والعلة في تقرير هذا المبدأ هو كماله النظام في المجتمع ، وضمان استقرار المعاملات ، وحماية الأمن المدني ، والا لا يمكن لكل من يرهط التهرب من حكم من أحكام القانون أن يدعي عدم العلم به .

وأصل هذا المبدأ هو اعتبارات العدالة التي تتطلب ، حماية للمصالح

العام . ان ينطبق القانون على جميع الاشخاص بلا استثناء ، والا عمت
التفوضى وتتفوض سلطان القانون .

٩٤ - الاستثناء الذي يرد على المبدأ :

يُرد على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » استثناء معين يرجع
الى القوة القاهرة التي تحول دون وصول الجريدة الرسمية الى جزء من
اجزاء الاقليم . كحالة الفرق أو الفيضان أو الزلزال أو الحرب ، التي
يستحيل معها وصول الجريدة الرسمية الى جزء الاقليم الذي تعرض لهذه
الكارثة .

وواضح مما قلناه ان هذا الاستثناء انما ينصرف الى القواعد
التشريعية ، لأنها وحدها التي تنشر في الجريدة الرسمية ويفترض العلم
بها بهذا النشر .

غير انه بجانب هذا الاستثناء المسلم به في القانونين المصري واللبناني،
يضيف هذا القانون الاخير حالات اخرى يجعل فيها المشرع اللبناني الغلط
في القانون مانعا من العقاب ، وهو ما نصت عليه المادة ٢٢٣ من قانون
العقوبات بقولها « لا يمكن أحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو
تأويله ايها تأويلا مغلوطا فيه . غير انه يعد مانعا للعقاب :

١ - الجهل او الغلط الواقع على شريعة مدنية او ادارية يتوقف عليها
فرض العقوبة .

٢ - الجهل بشريعة جديدة اذا اقترف الجرم في خلال الايام الثلاثة
التي تلت نشرها .

٣ - جهل الاجنبي الذي قدم لبنان منذ ثلاثة ايام على الاكثر بوجود

جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها شرائع بلاده او شرائع البلاد التي كان مقيما فيها » .

هذا ويلاحظ ان الاستثناء الاول الوارد في هذه المادة انما هو استثناء في الظاهر فقط ، لأن الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو ادارية يتوقف عليها فرض العقوبة ، لا يمنع من تطبيق حكم القاعدة المدنية او الادارية حتى على الجاهل بها . وعلى هذا يكون الاعفاء من العقوبة ليس أساسه الجهل بهذه القاعدة القانونية المدنية أو الادارية ، انما يكون أساسه انتفاء القصد الجنائي — وهو ركن من أركان الجريمة — ما دام الفاعل يجهل القاعدة المدنية أو الادارية التي لا يتحقق وجود القصد الجنائي الا بالعلم بها ^(١) .

أما الاستثناء الثاني فهو نادر الوقوع ، لأن قوامه ان يتم اعتراف الجرم في خلال الايام الثلاثة التي تلي نشر الشريعة الجديدة ، في حين ان القاعدة في القانون اللبناني ألا يبدأ العمل بالنصوص التشريعية الا من اليوم الثامن الذي يلي نشرها في الجريدة الرسمية ما لم يكن هناك نص مخالف ، كالنص على نفاذ التشريع من يوم النشر .

أما الاستثناء الثالث والآخر وهو عذر الاجنبي الذي يرتكب — في خلال الايام الثلاثة من قدومه لبنان — فعلا لا يحرمه قانون دولته أو قانون الدولة التي كان مقيما فيها ، فهو الاستثناء العملي الوحيد .

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ١١٤ .

الفصل الثاني

نطاق القاعدة القانونية من حيث المكان

٩٥ - اقليمية القوانين وشخصية القوانين :

يشير تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان التساؤل فيما اذا كان قانون الدولة يطبق داخل اقليمها على كل المقيمين فيها من وطنين وأجانب، أي يطبق على جميع الاشخاص الموجودين على أرضها بصرف النظر عن جنسيتهم ، وهو ما يعرف بمبدأ اقليمية القوانين (Principe de la territorialité des lois) أم أن قانون الدولة يقتصر تطبيقه على الوطنيين أينما وجدوا أي سواء كانوا داخل اقليم الدولة أم خارج حدود هذا الاقليم ، فيتجههم أين ساروا ، وهو ما يعرف بمبدأ شخصية القوانين (Principe de la personnalité des lois) .

يسند مبدأ اقليمية القوانين فكرة سيادة الدولة على اقليمها فيخضع لحكم قوانينها الاجنبي خضوع الوطني له . ويسند مبدأ شخصية القوانين فكرة سيادة الدولة على رعاياها فينصرف اليهم - دون الاجانب - حكم قوانينها أينما وجدوا ، ولو أقاموا خارج وطنهم .

والأصل في مصر ولبنان هو الأخذ بمبدأ اقليمية القوانين ، وهو المبدأ الثالب في الوقت الحاضر ، غير ان هذا المبدأ لا يؤخذ به على اطلاقه بل ترد عليه عدة استثناءات .

٩٦ - الاستثناءات من مبدأ اقليمية القوانين :

يرد على مبدأ اقليمية القوانين استثناءات عدة يمكن اجمالها فيما يأتي :

الاستثناء الاول - ويتعلق بالحقوق والواجبات العامة التي يقرها الدستور للمواطنين دون الاجانب كحق الانتخاب ، وحق الترشيح للهيئات العامة ، وحق تولي الوظائف العامة (وقد يتولاها الاجنبي بشروط معينة) ، وبعض الواجبات العامة كواجب اداء الخدمة العسكرية .

الاستثناء الثاني - ويتعلق بتطبيق قانون العقوبات ، ذلك انه اذا كان الاصل هو اقليمية هذا القانون (المادة الاولى من قانون العقوبات المصري والمادة ١٥/١ من قانون العقوبات اللبناني) ، الا ان الصالح العام للدولة قد يقتضي الخروج على هذا الاصل واعطاء الدولة حق العقاب على كل من يرتكب في الخارج جريمة تخل بأمنها ايا كانت جنسيته ، أي سواء كان من المواطنين ام من الاجانب (١) .

الاستثناء الثالث - ويتصل بالحصانة القضائية التي يقرها القانون الدولي العام لبعض الاجانب كرؤساء الدول الاجنبية والممثلين الدبلوماسيين ، وفي حدود هذه الحصانة لا يخضعون لولاية القضاء الوطني ، ولا يطبق عليهم بالتالي قانون الدولة .

الاستثناء الرابع - ومردده الاخذ بقواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص ، اذ قد يؤدي اعمال هذه القواعد الى تطبيق قانون اجنبي داخل الدولة ، وفي هذا خروج على مبدأ اقليمية قانونها ، او يؤدي الى تطبيق

(١) راجع في هذا الشأن المواد ٢ ، ٣ ، ٤ من قانون العقوبات المصري ، والمواد ١٨ وما بعدها من قانون العقوبات اللبناني .

قانونها خارج حدودها ، وهو ما يضمن على قانونها صفة شخصية التطبيق في هذه الحالة .

فمثلا فيما يتعلق بمسائل الاحوال الشخصية — وهي اكثر المسائل اتصالا بالشخص — تقضي قواعد الاستاد في كل من القانونين المصري واللبناني بتركها لقانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته . فاذا ثار نزاع في مصر بين زوجين اجنيين بالنسبة الى الشروط الموضوعية لصحة زواجهما ، طبق على هذا النزاع قانون جنسيتهما . واذا تم الزواج بين مصريين في الخارج ، خضعت الشروط الموضوعية لصحة هذا الزواج للقانون المصري .

الفصل الثالث

نطاق القاعدة القانونية من حيث الزمان

٩٧ - تمهيد :

تظل القاعدة القانونية ، أيا كان مصدرها ، سارية المفعول أي نافذة ، حتى ينقضي العمل بها عن طريق الانقضاء . والناء القاعدة القانونية قد يكون بإحلال قاعدة قانونية جديدة محلها ، وقد يكون بمجرد الاستغناء عنها بعد استنفاد الفرض منها .

وإحلال قاعدة قانونية جديدة محل قاعدة قانونية قديمة يثير مسألة تنازع القوانين في الزمان ، وهو ما سنتناوله بالبحث بعد الكلام عن الناء القاعدة القانونية .

الفرع الأول

الناء القاعدة القانونية

٩٨ - المقصود بالانقضاء :

يقصد بالناء القاعدة القانونية انهاء العمل بها وذلك بتجربتها من قوتها الملزمة . والانقضاء قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، ويجب في

العالتين أن يصدر من السلطة التي أنشأت القاعدة القانونية ، وعلى ذلك
ستكلم أولا في انواع الالغاء ثم ثانيا في السلطة التي تملك الالغاء .

المبحث الاول

انواع الالغاء

٩٩ - الالغاء الصريح والالغاء الضمني :

تنص المادة الثانية من التقنين المدني المصري على انه « لا يجوز
الغاء نص تشريعي الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء، أو يشتمل
على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، او ينظم من جديد الموضوع
الذي سبق ان قرر قواعده ذلك التشريع » .

وظاهر من هذا النص ان الالغاء قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ،
وهو ما سنتناوله فيما يلي :

١٠٠ - الالغاء الصريح (L'abrogation expresse) :

يكون الالغاء صريحا اذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تنص
صرحة على نسخ القاعدة القانونية القديمة ، ومن الامثلة على ذلك ما
نصت عليه المادة الاولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م والخاص باصدار
التقنين المدني المصري ، اذ جاء فيها « يلغى القانون المدني المعمول به امام
المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ اكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقانون المدني
المعمول به امام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونيه سنة ١٨٧٥ ،
ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون » .

هذه صورة من صور الالغاء الصريح ، وهناك صورة اخرى تمثل
في حالة ما اذا كان سريان القاعدة القانونية موقوتا بمدة معينة ، بحيث

تعتبر القاعدة ملغية بانقضاء هذه المدة . ومن الامثلة على ذلك القوانين التي يصدرها المشرع أثناء الحرب لمواجهة ظروفها ، وينص فيها على العمل بها أثناء مدة الحرب فقط ، فاذا انتهت الحرب انتهى العمل بهذه القوانين .

١٠١ - الإلغاء الضمني (L'abrogation tacite) :

يتحقق الإلغاء الضمني اذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع قاعدة قانونية قديمة ، او اذا صدر تشريع جديد ينظم موضوعا سبق ان نظمه تشريع سابق . ومستناول بالبحث هاتين الصورتين من صور الإلغاء الضمني .

١٠٢ - التعارض بين قاعدة جديدة واخرى قديمة :

اذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع قاعدة قانونية قديمة واستحال بذلك الجمع بينهما ، اعتبرت القاعدة القديمة منسوخة وملغاة بالقاعدة الجديدة .

والنسخ أو الإلغاء يكون في حدود التعارض ، بمعنى انه اذا كان التعارض كلياً اعتبر القانون القديم منسوخاً بأكمله نسخاً ضمياً ، اما اذا كان التعارض جزئياً فلا ينسخ القانون القديم الا في حدود الاحكام التي وقع بينها التعارض .

ويقع التعارض الجزئي اذا اختلفت صفة القاعدتين بأن كانت احدهما عامة والاخرى خاصة .

فقد يقع ان تضع القاعدة القانونية القديمة حكماً عاماً ، ثم تأتي قاعدة قانونية جديدة بحكم خاص ، وفي هذه الحالة لا تلغى القاعدة القانونية القديمة بأكملها ، وانما ينسخ منها ما خصصته القاعدة القانونية الجديدة فقط .

ومن الامثلة على ذلك في القانون اللبناني ، ان قانون المراجعة المشائي الصادر في ٩ رجب سنة ١٣٠٩ هجرية عين الحد الاقصى للفائدة بـ ٩ ٪ لكل الديون المدنية والتجارية (م ٣) ، ثم صدر قانون الرهونات المقارية بالقرار رقم ١٣٣٩ في ٢٠ آذار سنة ١٩٢٢ مجيزا رفع الحد الاقصى للفائدة الى ١٢ ٪ في شأن الديون المضمونة بتأمينات اي برهون عقارية (م ١٠١) . ولما كان قانون المراجعة المشائي قانونا عاما ، وقانون الرهونات المقارية قانونا خاصا أي قاصرا على حالة الرهون المقارية ، فانه لا يلغى الحكم العام في شأن الحد الاقصى للفائدة الا في خصوص الرهونات المقارية فقط . فيظل الحد الاقصى للفائدة ٩ ٪ الا بالنسبة للديون المضمونة برهون عقارية فيجوز ان يصل الى ١٢ ٪ .

وقد يقع ان تضع القاعدة القانونية القديمة حكما خاصا ، ثم تأتي قاعدة قانونية جديدة بحكم عام ، وفي هذه الحالة لا يلغى الحكم الخاص القديم بل يظل قائما كاستثناء من الحكم العام الجديد .

ومن الامثلة على ذلك ان قانون الرهونات المقارية السالف الذكر والصادر سنة ١٩٢٢ جعل الحد الاقصى للفائدة ١٢ ٪ بالنسبة للديون المضمونة برهون عقارية . ثم صدر بعد ذلك قانون ٢٤ حزيران سنة ١٩٣٩ الخاص بجريمة المراجعة ، والذي اعتبر دين مراجعة كل قرض مالي عقد لتأيات غير تجارية بغائلة تزيد على ٩ ٪ . فهذا القانون الاخير وهو الاحداث قد أتى بحكم عام في شأن القروض غير التجارية ، ولذا لا يلغى حكم قانون الرهونات المقارية لأن حكمه حكم خاص قاصر على القروض المضمونة برهون عقارية (١) .

(١) تزيد المشرع اللبناني فاضل الى ذلك صراحة في المادة الاولى .
قانون سنة ١٩٣٩ بقوله : « مع مراعاة الاحكام القانونية اسر
تحدد معدل الفائدة في الرهونات المقارية » . راجع حسن كبره ،
المرجع السابق ، بند ١٢١ ، ص ٢٣٩ .

وخلاصة القول انه لكي يقع الالفاء الضمني الكلي يجب ان تكون القاعدةان من نوع واحد ، بان تكون كلتاها عامة أو كلتاها خاصة ، اما اذا اختلفتا صفة بأن كانت احدهما عامة والاخرى خاصة فان الالفاء الضمني يكون جزئيا .

١٠٣ - تنظيم نفس الموضوع من جديد :

اذا صدر تشريع جديد ينظم موضوعا سبق ان نظمه تشريع قديم ، فان هذا التشريع الاخير يلغى ضنيا الفاء كليا ، أي حتى فيما لم تتعارض فيه نصوصه مع التشريع الجديد ، والملة في ذلك ان اعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد انصراف نيته الى المدول عن التشريع القديم بأكمله .

البحث الثاني

السلطة التي تملك الالفاء

١٠٤ - يملك الالفاء من يملك الانشاء :

الأصل ان السلطة التي تملك الفاء القاعدة القانونية انما هي السلطة التي تملك انشاءها ، أو سلطة أعلى منها ، لأن المبدأ أن من يملك الأكثر يملك الأقل .

فالقاعدة التشريعية تلغى قاعدة تشريعية مثلها أو قاعدة تشريعية أعلى منها . فالتشريع الاساسي يلغى بتشريع اساسي مثله ، والتشريع العادي يلغى بتشريع عادي أو اساسي ، والتشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي أو عادي أو اساسي .

١٠٥ - الأثر المترتب على تدرج مصادر القانون :

يترتب على تدرج مصادر القانون أن التشريع وهو أعلاها مرتبة يستطيع أن يلغي أية قاعدة تابعة من مصدر آخر .

فالقاعدة التشريعية تستطيع إلغاء قاعدة عرفية أو قاعدة دينية ، دون أن يمس هذا الإلغاء بالصفة الدينية للقاعدة ، وإنما يرفع عنها فقط قوتها الملزمة كقاعدة من قواعد القانون الوضعي .

والقاعدة العرفية تلغيها قاعدة عرفية مثلها ، أي أنه إذا تكون عرف جديد مخالف للعرف القديم فإنه يترتب على ذلك إلغاء هذا العرف القديم .

وتترتب على تدرج مصادر القانون ، أنه في نطاق المعاملات المالية ، يستطيع العرف في مصر أن يلغي قاعدة مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية ، باعتبارها إحدى قواعد القانون الوضعي .

ويترتب على تدرج مصادر القانون ، أنه في نطاق المعاملات المالية ، التشريع ، لا يستطيع إلغاء قاعدة تشريعية لأن الأدنى لا يستطيع نسخ الأعلى . وعلى هذا النحو لا يترتب على إهمال تطبيق قاعدة تشريعية لمدة طويلة اعتبارها ملغية عن طريق عدم الأعمال (déuétude) لأن عدم أعمال قاعدة تشريعية لمدة طويلة ما هو إلا عرف سلبي ، والعرف لا يستطيع إلغاء التشريع .

الفرع الثاني

تسازع القوانين في الزمان

١٠٦ - وجه المشكلة :

إذا تم إلغاء قاعدة قانونية وإحلال أخرى مكانها ، فطبيعي أن القاعدة

الجديدة تسري اعتباراً من تاريخ نفاذها على الوقائع والتصرفات التي تحدث من هذا التاريخ ، وهذا ما يعبر عنه بالأثر المباشر للقانون (effet immediat) ؛ وطبيعي كذلك ان هذه القاعدة الجديدة لا تسري على الوقائع والتصرفات التي تمت قبل نفاذها ، بل تظل هذه الوقائع والتصرفات محكومة بالقاعدة القديمة ، وهذا ما يعرف ببداً عدم رجعية القوانين

والأمر يبدو سهلاً ميسوراً اذا تعلق التطبيق بوقائع او تصرفات تمت وترتبت آثارها في ظل القاعدة القانونية القديمة ، اذ لا مجال للشك في سريان هذه القاعدة ، كعقوبات رتب كافة آثاره قبل نفاذ القاعدة الجديدة ، اذ لا شبهة في سريان القاعدة القديمة عليه .

ولكن الأمر لا يسير دائماً على هذا النحو اذ ان من الوقائع او الاعمال القانونية ما يتطلب وقتاً طويلاً لتكوينه او لترتيب آثاره ، فينشأ التنازع بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة على حكم هذه الوقائع أو هذه الاعمال .

فلو فرض ان عقد قرض قد عقد في ظل قانون قد تم بيع اشتراط فائدة قدرها ٩ ٪ ، ثم صدر قانون جديد يخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية الى ٧ ٪ فأي القانونين يطبق بالنسبة للفوائد التي تستحق بعد نفاذ القانون الجديد ؟

كذلك لو كان سن الرشد وفق القانون القديم هو ١٨ سنة ، ثم صدر قانون جديد يرفع سن الرشد الى ٢١ سنة ، فما حكم تصرفات الشخص الذي تجاوز عمره ١٨ سنة ولم يبلغ بعد ٢١ سنة ، هل يظل راشداً بالنسبة لها أم يعتبر قاصراً ؟

يمكن حل هذه المشكلة في الاخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين •

١٠٧ - الاعتبارات التي يقوم عليها مبدأ عدم رجعية القوانين :

يقوم مبدأ عدم رجعية القوانين على اعتبارات مختلفة يمكن اجمالها فيما يلي :

أولاً - العدالة : فليس من العدل في شيء مفاجأة الناس بقانون جديد يعاقب على اعمال أباحها القانون القديم ، ومحاسبتهم على ما أتوا من هذه الاعمال في ظل القانون القديم •

ثانياً - استقرار المعاملات : اذ تقضي المصلحة العامة بالألا يسري القانون الجديد على علاقات قانونية نشأت ورتبت كافة آثارها في كنف القانون الجديد ، لأننا لو أباحنا للقانون الجديد ان يمس هذه العلاقات وان يعدل في آثارها لاضطربت المعاملات ولاهتزت الثقة بالقانون •

ثالثاً - المنطق والذوق السليم : بما ان المبادئ المسلم بها وجوب نشر القانون في الجريدة الرسمية حتى يعلم به الناس ، فالمنطق يتطلب ألا يكون له أثر على ما سبق نشره وهماذ من علاقات قانونية تم ترتيبها وفق احكام القانون القديم •

وتظرا لأهمية هذه الاعتبارات التي بني عليها مبدأ عدم رجعية القوانين حرصت التشريعات الحديثة على النص عليه ، بل ان من الدول ما يضمن الدستور هذا المبدأ ، وهو ما فعله الدستور المصري الصادر في سنة ١٩٧١ ، اذ نص في المادة ١٨٧ منه على انه « لا تسري احكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها اثر فيما وقع قبلها • ومع ذلك يجوز ، في غير المواد الجنائية ، النص في القانون على خلاف ذلك بوافقة اغلبية اعضاء مجلس الشعب » •

١٠٨ - الاستثناءات من مبدأ عدم رجعية القوانين :

يرد على مبدأ عدم رجعية القوانين عدة استثناءات يمكن اجمالها فيما يأتي :

الاستثناء الاول - النص الصريح : مبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضي لا المشرع ، فللمشرع دائماً - اذا دعت المصلحة العامة - ان ينص في القانون الجديد على انسحاب أثره على الماضي . ويجب ان يكون النص على اسناد أثر القانون الجديد الى الماضي صريحاً .

وبدهي ان على المشرع ألا يسيء استعمال هذا الحق ، وألا يلجأ اليه الا اذا دعت الضرورة والمصلحة العامة الى ذلك .

الاستثناء الثاني - القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : الأصل ان القوانين الجنائية لا تنسحب الى الماضي ، وقد عني الدستور المصري - كما رأينا - بالتنبؤ بذلك ، لما في هذا من ضمان للحرية الشخصية ، كما قرر ايضا انه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ، ولا عقاب الا على الافعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها » .

الا انه استثناء من هذا الأصل تنسحب القوانين الجنائية على الماضي اذا كانت أصلح للمتهم بأن كانت تخفف من العقوبة أو تبيح القتل ، لأنه ليس في ذلك مساس بالحرية الشخصية بل العكس .

واستفادة المتهم من القانون الجديد المخفف للعقوبة مشروط بالآلا يكون هذا القانون قد صدر بعد صدور حكم نهائي على المتهم ، أي حكم قد استنفد طرق الطعن فيه أو بعبارة اخرى ان المتهم يستفيد من كل قانون جديد مخفف للعقوبة لو صدر هذا القانون بعد الحكم عليه ،

بشرط ألا يكون هذا الحكم قد أصبح نهائيا ، لأن التخفيف بعد صدور حكم نهائي يتطلب صدور حكم جديد يقرر هذا التخفيف وهو أمر يتعارض مع حجية الامر المقضي .

اما اذا كان القانون الجديد يبيح الفعل ، فان المتهم يستفيد منه سواء صدر هذا القانون قبل ان يصبح الحكم على المتهم نهائيا أو بعد أن أصبح كذلك ، لأنه اذا صدر قبل الحكم النهائي قضت المحكمة بالبراءة ، واذا صدر بعد الحكم النهائي فيكفي وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها .

الاستثناء الثالث - القوانين المفصرة لأن الغرض من هذه القوانين هو تحديد معنى نصوص تشريعية قائمة ، وإزالة ما فيها من غموض أو لبس ، ولذا فان القانون المفسر يعتبر جزءا من القانون السابق الذي صدر لتفسيره ، وعلى هذا النحو فان أثره ينسحب الى الماضي ، ويتمتع على المحاكم تطبيقه على القضايا التي لم تفصل فيها بعد بحكم نهائي .

الاستثناء الرابع - القوانين المتعلقة بالنظام العام او الآداب كالقوانين المتعلقة بالاهلية ، فمثلا اذا صدر قانون جديد يرفع سن الرشد من ١٨ الى ٢١ سنة ، فانه يسري على الاشخاص الذين بلغوا ١٨ سنة في ظل القانون القديم ولم يبلغوا بعد ٢١ سنة وقت نفاذ القانون الجديد ، فيعتبرون قسرا بعد نفاذ هذا القانون .

القسم الثاني

الحق

مقدمة

١٠٩ - التعريف بالحق :

الحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص قبل آخر يعيها القانون . كحق الملكية على عقار أو منقول ، وحق الدائن قبل مدينه .

والحق لا يوجد الا لشخص ، سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا ، وهو يوجد قبل شخص آخر ، لأن كل حق يقابله التزام ، فحق الملكية يستتبع التزام الكافة بعدم التعرض للمالك في ملكه ، وحق الدائنية يستتبع التزام المدين بالوفاء بالدين .

ولكل حق محل ، ومحل الحق قد يكون عملا كما في الحق الشخصي أي حق الدائنية ، وقد يكون شيئا كما في الحق العيني كحق الملكية .

وكل حق يحميه القانون عن طريق الدعوى ، ولذا يقال أن الدعوى هي الحق نشط ليدراً عن نفسه الاعتداء أمام القضاء .

١١. - خطة البحث :

ستتناول في دراستنا لنظرية الحق ، كما ألمعنا إليها في التعريف السابق الذكر ، البحث في الموضوعات الآتية :

- أولا - أنواع الحق .
- ثانيا - أركان الحق .
- ثالثا - مصادر الحق وتلحق بها أدبائه .

المباب الأول

انواع الحق

١١١ - تقسيم :

نقسم الحقوق بوجه عام الى حقوق سياسية وحقوق مدنية ، وتنقسم الحقوق المدنية الى حقوق عامة وحقوق خاصة . وتنقسم الحقوق الخاصة الى حقوق أسرة وحقوق مالية ، وتنقسم الحقوق المالية الى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق ممنوية ، وسنمى بدراسة هذا التقسيم الأخير .

١١٢ - الحقوق السياسية :

الحقوق السياسية (*droits politiques*) هي التي تخول الشخص حق المساهمة في ادارة شؤون الحكم في بلده ، ولذا كانت بحسب الأصل قاصرة على الوطنيين دون الأجانب ، ومثلها حق الانتخاب وحق الترشيح للمجالس النيابية وحق تولي الوظائف العامة ، ولو أنه بالنسبة الى هذا الحق الأخير قد تدعو الحاجة الى الاستعانة بخبرة الأجانب في بعض الحالات .

واذا كان الأصل أن الحقوق السياسية تثبت للوطنيين دون الأجانب ، إلا أنها مع ذلك لا تثبت لجميع الوطنيين ، بل لمن تتوافر شروط معينة

فيهم : كشرط السن لمباشرة حق الانتخاب أو حق الترشيح للمجالس
النيابية .

١١٣ - الحقوق المدنية :

الحقوق المدنية (*droits civils*) هي الحقوق اللازمة للشخص
باعتباره عضوا في المجتمع الانساني كالحق في الحياة وفي حرية العقيدة ،
ولذا فهي تثبت لجميع الأشخاص سواء كانوا من الوطنيين أم من الأجانب .
والحقوق المدنية تنقسم الى حقوق عامة وحقوق خاصة .

١١٤ - الحقوق العامة :

الحقوق العامة أو الحقوق للصيقة بالشخصية (*droits de la personnalité*) هي الحقوق المستمدة من طبيعة الشخص كإنسان ،
ولذا تسمى بالحقوق الطبيعية أو حقوق الانسان .

والحقوق العامة على أنواع ثلاثة ، يتصل كل نوع منها بجانب من
جوانب شخصية الانسان .

فأما النوع الأول فيقصد به توفير الحماية اللازمة للإنسان في جسمه
وفي أعضائه ، كحقه في الحياة وفي عدم الاعتداء عليه ، وقد تكفل قانون
المقوبات بضمان هذا النوع من الحقوق عن طريق عقاب من يعتدي على
آخر بالقتل أو الجرح أو الضرب ... الخ .

وأما النوع الثاني فيرمي الى حماية الانسان في كيانه المعنوي أو
الأدبي كحقه في المحافظة على سمعته أو شرفه ، وفي تعويضه عما يصبه
من ضرر اذا وقع اعتداء بسبب هذه الناحية من نواحي شخصيته .

وأما النوع الثالث فيهدف الى تمكين الشخص من مزاولة نشاطه ، وهذه هي الحريات الشخصية : كحرية الانتقال ، وحرية الإقامة ، وحرية العمل ، وحرية التملك ، وحرية التعاقد ، وحرية الزواج ، وحرمة المسكن .

هذا ويلاحظ أن ما يميز الحقوق العامة باعتبارها حقوقاً لصيقة بالشخصية أنها حقوق غير مالية أي لا تقوم بالنقود ، غير أن هذه الصفة لا تمنع من أن لكل من أصابه ضرر من جراء الاعتداء على حق منها أن يطالب بتعويض هذا الضرر ، والى هذا أشارت المادة ٥٥ من التقنين المدني المصري بقولها « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطالب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

١١٥ - الحقوق الخاصة :

الحقوق الخاصة هي الحقوق التي تكفل للشخص مزاولة نشاطه سواء في نطاق الأسرة أم في نطاق المعاملات المالية ، ولذا فهي تنقسم الى حقوق أسرة وحقوق مالية .

١١٦ - حقوق الأسرة :

حقوق الأسرة (*droits de famille*) هي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة ، سواء كان ذلك بسبب الزواج أم النسب . وهذه الحقوق تترن بتكاليف معينة ، كقوامة الزوج على الزوجة ، وكحق الزوجة في النفقة ، وكولاية الأب على أبنائه الصغار ، وكحق الأبناء في الاتفاق عليهم ، وكالحق في الإرث ... الخ .

وحقوق الأسرة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ، وقد رأينا أنها تخضع في مصر ولبنان لأحكام الدين وما صدر في شأنها من قوانين خاصة .

١١٧ - الحقوق المالية :

الحقوق المالية (*droits pécuniaires*) هي الحقوق التي يقوم محلها بالتقود ، وهي قوام المعاملات المالية • وتنقسم هذه الحقوق الى أنواع ثلاثة هي : الحق العيني ومحلّه شيء مادي كحق الملكية ، والحق الشخصي ومحلّه عمل كدين القرض ، والحق المعنوي ومحلّه شيء غير مادي أي شيء معنوي كحق المؤلف • وهذه هي الحقوق التي سنمضى يبحثها •

الفصل الاول

الحق العيني

١١٨ - التعريف بالحق العيني :

الحق العيني (droit réel) هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين ، كحق الملكية مثلا .

والحق العيني ككل الحقوق يقابله واجب ، ويتمثل هذا الواجب في التزام كافة الناس باحترام هذا الحق وعدم التعرض لصاحبه ، ولذا فان هذا الواجب يعتبر واجبا عاما أي يلتزم به الجميع ، كما يعتبر واجبا سلبيا لأن مؤداه الامتناع عن الاعتداء على هذا الحق .

والحقوق العينية تنقسم الى قسمين : حقوق عينية أصلية ، وحقوق عينية تبعية .

الفرع الاول

الحقوق العينية الأصلية

١١٩ - التعريف بالحق العيني الأصلي :

الحق العيني الأصلي هو الحق الذي يقوم بذاته ، أي لا يستند في وجوده الى حق آخر ، كحق الملكية .

والحق العيني الأصلي اما أن يرد على مال الشخص نفسه كالملكية ،
واما ان يرد على مال الغير كحق الانتفاع وحق الحكر وحق الارتفاق .
وستكلم أولا في حق الملكية . ثم في الحقوق المتفرعة عنها .

١٢٠ - حق الملكية :

يعتبر حق الملكية (*droit de propriété*) أوسع الحقوق العينية
الأصلية نطاقا . نظرا لما يخوله لصاحبه من سلطات ، وهو ما يستفاد من
نص المادة ٨٠٣ من التقنين المدني المصري التي تقضي بأنه « لمالك الشيء
وحده ، في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » (١) .
وهذه هي السلطات الثلاث التي يخولها حق الملكية لصاحبه .

فأما استعمال الشيء فيقصد به استخدام الشيء فيما أعد له .
فاستعمال الدار يكون بسكناها ، واستعمال الأرض يكون بزراعتها .

أما استغلال الشيء فالمراد به الحصول بطريق غير مباشر على الثمار
التي يكون قابلا لاتاجها . كتأجير الأرض أو الدار والحصول على
أجرتها .

والثمار هي كل ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية منتظمة دون انتقاص
من أصله . والثمار اما أن تكون طبيعية كالكلأ وتاج المواشي ، واما أن
تكون صناعية كالمزروعات ، واما أن تكون مدنية كأجرة المباني والأراضي
الزراعية .

أما التصرف في الشيء فقد يكون تصرفا ماديا وقد يكون تصرفا
قانونيا ، ماديا بتغيير شكله أو اتلافه أو استهلاكه كهدم منزل مثلا ، قانونيا
بيعه أو هبته أو تقرير حق عيني آخر عليه كحق الارتفاق .

(١) راجع المادة ١١ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

والسلطات الثلاثة أو العناصر الثلاثة السابقة الذكر ، والتي يتكون منها حق الملكية ، قد تكون مجتمعة في يد شخص واحد ، فيقال أن له حق ملكية تامة على الشيء ، وقد تكون موزعة بين عدة أشخاص ، فيكون لشخص حق استعمال الشيء فقط ويسمى الحق السكني إذا كان خاصا بدار ، وقد يكون له حق الاستغلال فقط ، وقد يكون له الحقان معا أي الاستعمال والاستغلال ، فيقال أن له حق الانتفاع . وإذا اقتصر حق الشخص على التصرف دون الانتفاع يقال أن له ملكية الرقبة .

١٢١ - الحقوق المنفردة عن الملكية :

يقصد بالحقوق المنفردة عن الملكية الحقوق العينية التي تقتطع بعض عناصرها لمصلحة شخص آخر غير المالك .

والحقوق المنفردة عن الملكية في القانون المصري هي : حق الانتفاع ، وحق الاستعمال وحق السكني ، وحق انحر ، وحق الارتفاق ^(١) .

١١ أشارت المادة العشرة من قانون الملكية العقارية اللبناني الى 'الحقوق المنفردة عن الملكية : فذكرت التصرف ، والسطحية ، والانتفاع ، وحق الامتياز على الاراضي الخالية المباحة ، والارتفاعات العقارية ، 'الوقف ، والاجارين ، والاجارة الطويلة ، والخيار الناتج عن الوعد بالبيع .

وقد اُضيف المشرع اللبناني الى هذه الحقوق « حق المساقاة » ١ ويقصد حق الاجارة العينية ، بالقرار رقم ١٢ الصادر في ١٦ كانون الثاني سنة ١٩٣٤ .

وقد انشى المشرع اللبناني حق الاجارين بمقتضى قانون تنظيم الوقف الصادر في ١٠ آذار سنة ١٩٤٧ ، كما انشى بهذا القانون كذلك حق الاجارة الطويلة . كذلك انشى المشرع اللبناني حق السطحية بالنسبة بالمستقبل بمقتضى المادة ٣١ من نفس قانون الملكية العقارية . اخيرا نستبعد الوقف لان العين لموقوفة تعتبر مملوكة للوقف باعتباره شخصا معنويا .

١٢٢ - حق الانتفاع :

حق الانتفاع (Le droit d'usufruit) هو الحق الذي يخول الشخص استعمال واستغلال ملك غيره . أما التصرف فيبقى للمالك الذي يطلق عليه في هذه الحالة اسم مالك الرقبة .

وحق الانتفاع ينتقضي بانقضاء الأجل المعين له ، فإن لم يبين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين (م ٩٩٣ مدني) .

١٢٣ - حق الاستعمال وحق السكنى :

حق الاستعمال (Le droit d'usage) هو حق عيني يخول صاحبه استعمال الشيء بمقدار ما يحتاج اليه هو وأسرته الخاصة فقط . فإذا ورد هذا الحق على حديقة فليس لصاحبه من ثمارها الا مقدار ما يحتاجه هو وأسرته فحسب ، أما ما زاد عن حاجته وحاجة أسرته فليس له التصرف فيه (م ٩٩٦ مدني) .

أما حق السكنى (Le droit d'habitation) وهو خاص بالدور ، فيخول صاحبه حق سكنى الدار فقط ، أي ليس له الانتفاع بها بغير السكنى كاستخدامها كمكتب أو متجر مثلا ، ولذا فهو يعتبر أضيق نطاقا من حق الاستعمال .

وتسري على حق الاستعمال وحق السكنى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع فيما لا يتعارض مع طبيعة هذين الحقين (م ٩٩٨ مدني) .

١٢٤ - حق الحكر :

حق الحكر حق عيني يخول للمحكر الانتفاع بأرض للغير عن طريق البناء أو الفراس في مقابل دفع أجره الحكر وهي أجره المثل .

ولا يجوز ترتيب حكر الآن في القانون المصري الا على أرض موقوفة
(م ١٠١٢ / ١ مدني) • ويملك المحكر ما أحدثه من بناء أو غراس ملكا
تاماً ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر (م ١٠٠٢) ، ويستقل
هذا الحق ب وفاة المحكر الى ورثته (م ١٠٠١ مدني) • هذا وقد أخذ
المشرع نظام الحكر عن الشريعة الاسلامية •

١٢٥ حق الارتفاق :

حق الارتفاق (Le droit de servitude) هو تكليف مقرر على عقار
لمنفعة عقار آخر يملكه شخص آخر ويسمى العقار المقرر عليه هذا التكليف
بالعقار الخادم أو العقار المرتفق به (Le fonds 'servant) ويسمى
العقار المقرر لمنفعته هذا التكليف بالعقار المخدم أو العقار المرتفق
(Le fonds dominant) ومن الأمثلة على ذلك حق الارتفاق بالمرور
الذي يوجد طريقاً على العقار الخادم لصالح العقار المخدم ، وحق الارتفاق
بالمطل الذي يبيح فتح مطلات في غير المسافات القانونية على العقار
الخادم لمنفعة العقار المخدم •

وحق الارتفاق يتعلق بالعقار المقرر لمنفعته وليس بمالكه ، ولذا فهو
لا ينقضي بانتقال ملكية العقار من شخص الى آخر •

الفرع الثاني

الحقوق المينية التبعية

١٢٦ - الفرض من تقرير هذه الحقوق :

يقضي القانون بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ، وهذا
ما يعرف بالضمان العام للدائنين (gage commun) ومن مقتضى هذا

الضمان أن لكل دائن أن ينفذ بحقه على أي مال من الأموال التي تكون مملوكة لمدينه وقت التنفيذ ، سواء كان هذا المال من المنقولات أم من العقارات •

غير أن هذا الضمان العام لا يوفر للدائنين الحماية الكافية ، لأنه لا يفل يد المدين عن التصرف في أمواله ، وبذا يستطيع أن يعدها عن متناول يد الدائنين الذين سيقصر حقهم على التنفيذ على الأموال الموجودة في ذمته وقت التنفيذ ، وقد لا تكفي للوفاء بجميع الديون ، ولأنه من ناحية أخرى يخضع الدائنين لقاعدة قسمة الغرماء ، وبذا لا يستوفي الدائن كل دينه •

ولتلافي خطرا عسار أو افلاس المدين من ناحية ، واستبعاد قاعدة قسمة الغرماء من ناحية أخرى ، يسعى الدائن للحصول على تأمين خاص • وهذا التأمين الخاص قد يكون تأميناً شخصياً كال كفالة أو تأميناً عينياً كالرهن الرسمي • والتأمينات العينية هي التي نسميها بالحقوق العينية التبعية •

وقد سميت عينية لأنها تخول الدائن سلطة مباشرة على مال معين من أموال المدين ، وسميت تبعية لأنها لا تقوم مستقلة بنفسها ، إنما تقوم مستندة أو تابعة لحق شخصي لضمان الوفاء به •

والحقوق العينية التبعية في القانون المصري هي الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي ، وحق الاختصاص ، وحق الامتياز ^(١) •

(١) الحقوق العينية التبعية في القانون اللبناني هي الرهن ، والبيع بالوفاء ، والتأمين ، والامتياز ، وقد ذكرتها المادة ١٠ من قانون الملكية العقارية اللبناني . يضاف إليها التأمين الجبري ، وقد نصت عليه المادة ٤٥٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية •

١٢٧ - الرهن الرسمي :

الرهن الرسمي (Le droit d'hypothèque) « عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار من أي يد يكون » (م ١٠٣٠ مدني) .

أي أن الرهن الرسمي ، وإن كان لا يحرم المدين من حيازة المال المرهون وإدارته والتصرف فيه ، إلا أنه يخول الدائن أن يتبع العقار المرهون في أي يد انتقل إليها كما لو تصرف فيه المدين بالبيع ، وهذا ما يعرف بحق التبعية ، كما يخول الدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن بيع العقار المرهون عند التنفيذ عليه ، بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين الذين يلونه في المرتبة ، وهذا ما يعرف بحق الأفضلية .

١٢٨ - الرهن الحيازي :

الرهن الحيازي (Le droit de gage) « عقد يلتزم به شخص ، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون » (م ١٠٩٦ مدني) .

وإذا كان الرهن الحيازي يتفق مع الرهن الرسمي في أنه يخول الدائن المرتهن حق التبعية وحق الأفضلية ، إلا أنه يفتقر عنه في أمرين هما : أولا - أن الرهن الحيازي يرد على العقار والمنقول ، بمكس الرهن الرسمي فهو لا يرد إلا على العقار . ثانيا - أن الرهن الحيازي يتطلب انتقال حيازة

الشيء المرهون من المدين الى الدائن أو الى شخص آخر يتفقان عليه ، في حين أنه في الرهن الرسمي تبقى حيازة العقار المرهون للمدين .

١٢٩ - حق الاختصاص :

حق الاختصاص (*Le droit d'affectation*) هو حق عيني تبقي يقرر للدائن على عقار مملوك للمدين بموجب أمر يصدر من القاضي بناء على حكم بالدين واجب التنفيذ . وحق الاختصاص يقترب من الرهن الرسمي فيما يربته من حقوق للدائن ، كما أنه يشته به في أنه لا يرد الا على العقار ، وأنه لا يحرم المدين من حيازة هذا العقار .

١٣٠ - حقوق الامتياز :

حق الامتياز ^١ (*Le droit de privilege*) حق عيني تبقي يقرر لبعض الديون بمقتضى نص في القانون بسبب طبيعتها ، والى هذا أشارت المادة ١١٣٠ من التقنين المدني المصري بقولها « ١ - الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته . ٢ - ولا يكون للحق امتياز الا بمقتضى نص في القانون » .

أي أن الامتياز لا يقرر بمقد كالرهن ، ولا بأمر من القاضي كحق الاختصاص ، وانما يقرر بمقتضى نص في القانون .

وحق الامتياز على نوعين : أولا - حق امتياز عام يرد على جميع أموال المدين من عقارات ومنقولات ، ومن أمثله الامتياز المنصوص عليه في المادة ١١٤١ مدني والتي تقرر أنه « يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار : (١) المبالغ المستحقة للخدم والكتابة الأعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الستة

الأشهر الأخيرة • (ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يموله من
مأكل ومنبس في الستة الأشهر الأخيرة • (ج) النفقة المستحقة في ذمة المدين
لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة » • ثانياً — حق امتياز خاص يرد على
مال معين من أموال المدين ، ومن أمثلته امتياز بائع المنقول على الشيء
المبيع ، وامتياز بائع العقار على العقار المبيع ضماناً لحقه في الثمن
(م ١١٤٥ و ١١٤٧ من التقنين المدني) •

الفصل الثاني

الحق الشخصي

١٢١ - التعريف بالحق الشخصي :

الحق الشخصي (droit personnel) رابطة بين شخصين يسمى أحدهما بالدائن والآخر بالمدين ، وبمقتضى هذه الرابطة يكون للدائن مطالبة المدين بأداء مالي معين . وهذا الأداء قد يكون باعطاء شيء كنقل ملكية شيء أو ترتيب حق عيني تبمي عليه كالرهن ، واما أن يكون بالقيام بعمل كالتزام مقاول ببناء منزل ، واما بالامتناع عن عمل كالتزام بائع المحل التجاري بالامتناع عن مزاوله نفس التجارة في الجهة الكائن فيها المتجر المبيع .

غير أن هذا التقسيم الثلاثي للأداء محل نظر ، لأنه اذا كان الأداء اعطاء شيء ، فإن المدين يلتزم فقط بالقيام بعمل هو اتمام الاجراءات اللازمة لنقل أو ترتيب الحق ، أما الحق نفسه فإنه يتنقل أو يترتب بحكم القانون، ولذا فالأصح أن يقال أن الأداء هو عمل سواء كان عملا ايجابيا أم عملا سلبيا أي امتناعا عن عمل .

ولما كان الحق الشخصي علاقة بين شخصين أحدهما دائن والآ-
مدين ، وانه يطلق عليه هذا الاسم أي الحق الشخصي أو حق الدائنية
(droit de créance) ، اذا نظر اليه من ناحية الدائن ، ويطلق عليه
اسم الالتزام (obligation) اذا نظر اليه من ناحية المدين .

١٢٢ - انواع الحق الشخصي :

ان الحق الشخصي باعتباره رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاه أحدهما
بأداء مالي معين هو اعطاء شيء أو القيام بعمل ايجابي آخر أو بالامتناع عن
عمل ، من الممكن أن تعدد صوره تعددا لا ينتهي ، لأن صور الاعطاء
أو العمل أو الامتناع لا يمكن حصرها ، وهو في جميع هذه الصور لن
يلزم الا المدين ، ولذا جاز تعدده تعددا لا يدخل تحت حصر شريطة ألا
يكون مغالفا للنظام العام أو الآداب .

أما الحقوق العينية ويقابلها دائما التزام على الكافة باحترامها ، فلا
ينبغي أن يترك الشخص حرا في انشاء ما يريد منها وتحمل الكافة واجب
احترامها بمحض ارادته ، ولذا وردت في القانون على سبيل الحصر .

وخلاصة القول أن الحق الشخصي خلافا للحق العيني من الممكن أن
تعدد صوره ، ولكن مهما تعددت هذه الصور فهي لن تخرج عن الأنواع
الثلاثة التي ذكرناها وهي اعطاء شيء كتنقل ملكية شيء ، والقيام بعمل
كالالتزام البائع بتسليم المبيع أو التزام المقرض برد مبلغ القرض ، والامتناع
عن عمل كالالتزام فنان قبل صاحب مسرح بعدم العمل على مسرح آخر .

الفصل الثالث

الحق المعنوي

١٣٣ - التصريف بالحق المعنوي :

يقصد بالحقوق المعنوية أو الحقوق الذهنية كما يطلق عليها الآن ، الحقوق التي ترد على أشياء معنوية أي أشياء غير محسوسة من تاج وخلق الفكر . وأهم ما يطالنا في هذا الشأن هو حق المؤلف على مصنعه (droit d'auteur) وهو ما سنتنصر على دراسته في إيجاز ^(١) .

(١) بدأ تنظيم الحقوق الذهنية في مصر اعتباراً من سنة ١٩٣٩ ، إذ صدر في تلك السنة القانون رقم ٥٧ الخاص بحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانات التجارية ، ثم القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الذي تضمن بعض الأحكام المتعلقة بالمقومات المعنوية للمحل التجاري ، ثم القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، وبصدور هذين القانونين تم تنظيم ما يسمى بالملكية الصناعية ، واكتمل هذا التنظيم بصدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بالموافقة على الاتفاقات الدولية الخاصة بحماية الملكية الصناعية .

وفي سنة ١٩٥٤ صدر القانون رقم ٢٤٥ الخاص بحماية حقوق المؤلف .

١٢٤ - المقصود بالمؤلف :

يقصد بالمؤلف كل شخص ينتج اتاجا ذهنيا أو خلقا فكريا أيا كان نوعه ووسيلة التعبير عنه ، ما دام هذا الاتاج أو الخلق يتضمن قدرا معيناً من الابتكار . وقد حدد القانون رقم ٣٥٤ الذي صدر في مصر سنة ١٩٥٤ المؤلف بأنه : الشخص الذي نشر المصنف منسوباً إليه ، سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف ، أو بأية طريقة أخرى من الطرق المتبعة في نسبة المصنفات لمؤلفيها ، سواء بذكر اسم المؤلف عليه أم بذكر اسم مستعار أم علامة خاصة لا تدع مجالا للشك في التعرف على شخصية المؤلف ، ما لم يقدم الدليل على عكس ذلك .

وعلى هذا النحو ينصرف لفظ المؤلف الى الكاتب والمخترع والرسام والمثال والملحن ، بل وإلى المترجم الذي يتولى ترجمة المصنف الى لغة أخرى أو يقوم بتلخيصه أو تحويله أو شرحه أو التعليق عليه بطريقة تبرزه في شكل جديد يضفي عليه طابع الابتكار الذي هو شرط حماية القانون لحق المؤلف .

= وفي لبنان بدأ تنظيم الحقوق الذهنية بصدور القرار رقم ٢٣٨٥ بتاريخ ١٧ كانون الثاني سنة ١٩٢٤ بنظام حقوق الملكية التجارية والصناعية ، وقد اشتمل هذا القانون علاوة على تنظيم الملكية التجارية والصناعية ، على تنظيم ما أسماه « بالملكية الكتابية والفنية » أي حقوق المؤلف . وقد عدل هذا القرار عدة مرات ، كان أهمها التعديل بمقتضى القانون الصادر في ٢١ كانون الثاني سنة ١٩٤٦ . كذلك صدر في ٢٦ شباط سنة ١٩٤٦ قانون يحدد حقوق المؤلفين على آثارهم الموسيقية . وقد عدل هذا القانون بقانون صدر في ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٧ . كذلك انضم لبنان الى أهم الاتفاقات والمعاهدات الدولية المبرمة في هذا الشأن .

١٢٥ - انواع المصنف :

يقصد بالمصنف كما رأينا أي خلق ذهني مبتكر اتخذ مظهر الكتابة أو الرسم أو النحت أو الموسيقى أو الاختراع ... الخ .

وليس معنى الابتكار هنا - وهو شرط حماية حق المؤلف كما سبق أن ذكرنا - الاتيان بأفكار جديدة لم يسبق معرفتها ، وانما يقصد بالابتكار أن يأخذ الاتاج الفكري طابعا متميزا بالأصالة يبرز شخصية صاحبه سواء كان ذلك في جوهر الموضوع أو في طريقة عرضه أو التعبير عنه .

والمصنف قد يكون من عمل مؤلف واحد ، وقد يكون مصنفًا مشتركًا ، وقد يكون مصنفًا جماعيًا .

والمصنف المشترك هو الذي يشترك في عمله أكثر من شخص . وإذا أمكن فصل عمل كل مؤلف عن عمل غيره من المشتركين معه ، كإنه أن يستغل الجزء أو الجانب الذي انفرد بوضعه بشرط عدم الاضرار باستغلال المصنف المشترك . أما إذا تمذر افراد عمل كل شخص منهم ، اعتبر الجميع أصحاب حق عليه بالتساوي ، ووجب موافقتهم جميعا لمباشرة حق المؤلف على المصنف (م ٣٩ من القانون رقم ٣٥٤) .

والمصنف الجماعي هو كما ورد في المادة ١/٣٧ من القانون السابق الذكر « المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ، ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد اليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة » . ومثاله أن تعهد احدي دور النشر لجماعة من الكتاب بوضع كتاب في موضوع معين تتولى نشره ، فيكون لهذه الدار حق المؤلف على الكتاب .

١٣٦ - الطبيعة المزدوجة لحق المؤلف :

لن نتعرض هنا لطبيعة حق المؤلف وما تثيره من خلاف في الرأي ، وإنما سنقتصر على دراسة مضمون هذا الحق بشقيه الأدبي والمالي ، ذلك أن حق المؤلف ينطوي على حق أدبي من ناحية وعلى حق مالي من ناحية أخرى ، ولذا قيل أنه حق من نوع خاص له طبيعة مزدوجة .

١٣٧ - الحق الأدبي :

لما كان المصنف خلقا ذهنيا تابعا من فكر صاحبه ، ويتصل بذلك بشخصيته أو ثقت اتصال ، فيكون له عليه حقا أدبيا أو معنويا بفرض حماية هذا الجانب من جوانب شخصيته . وعلى هذا الأساس يكون للمؤلف سلطة التقدير في نشر مؤلفه أو عدم نشره ، سلطة التغير أو التعديل فيه ، سلطة سحبه من التداول إذا رأى أنه لم يعد يتفق واتجاهات العصر ، أو أن في استمرار تداوله ما يمس سمعته العلمية أو الأدبية أو الفنية ، مع مراعاة تعويض الضرر الذي يصيب الغير كالتأثير مثلا .

هذا الحق الأدبي الذي للمؤلف حق مؤبد لا ينقضي باقضاء مدة معينة ، بل يظل ثابتا له طوال حياته وينتقل الى ورثته عند وفاته ، وإن كان دور الورثة يقتصر على مجرد المحافظة على سمعة مورثهم العلمية أو الفنية أو الأدبية ، ورقابة استمرار نشر المصنف منسوبا الى مورثهم بالطريقة التي تخيرها ، أي أن الورثة يعتبرون مجرد حراس على تراث مورثهم الصكري .

ولما كان هذا الحق الأدبي لا يقوم بمال ، امتنع التصرف فيه أو الحجر عليه لأنه ليس عنصرا من عناصر الذمة المالية للشخص .

١٢٨ - الحق المالي :

من الطبيعي ، والمصنف من خلق صاحبه ، أن يكون لهذا الأخير الاستفادة ماديا منه ، وهذا ما يعبر عنه بالحق المالي للمؤلف . والاستفادة من المصنف ماديا يكون عن طريق استغلاله . وقد يتنازل المؤلف عن احتكار استغلال معنفيه الى الغير بموض أو بدون عوض ، حال حياته أو بعد موته بطريق الوصية .

والحق المالي باعتباره أحد عناصر الذمة المالية للمؤلف ينتقل بوفاته الى ورثته . وهذا الحق المالي على خلاف الحق الأدبي ليس مؤبدا ، بل هو حق مؤقت ينقضي بصفة عامة ببضي خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف، وفي هذه الحالة لا يصبح استغلال المصنف ماليا قاصرا على أحد ، لأنه بفوات هذه المدة يعتبر المصنف جزءا من التراث الفكري للمجتمع البشري .

الباب الثاني

أركان الحق

١٣٩ - دكتا الحق :

رأينا أن الحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص يعيها القانون . وإذا حللنا هذا التعريف تبين لنا أن الحق ينطوي على ركنين أساسيين هما : صاحب الحق ، ومحل الحق . وصاحب الحق هو الشخص ، وعلى هذا ستتكلم أولا في أشخاص الحق ، وثانيا في محل الحق .

الفصل الاول

اشخاص الحق

١٤٠ - المقصود بالشخص :

يقصد بالشخص في سائر علوم الاجتماع - عدا القانون - الانسان .
ففي مفهوم القانون الشخصي هو كل كائن ثبت له صلاحية اكتساب
الحقوق والتحمل بالواجبات ، وعلى هذا النحو ينصرف مدلول اصطلاح
الشخص أو الشخصية الى الانسان ، وهذا هو الشخص الطبيعي ، أو الى
مجموعة من الأفراد أو مجموعة من الأموال تتوافر لها الشخصية القانونية ،
وهذا هو الشخص المنوي أو الاعتباري كاللولة أو الشركة أو الجمعية .

هذا ويتميز التفرقة بين الشخصية وأهلية الوجوب التي ستكلم
عنها فيما بعد ، لأنه اذا كان كلاهما يتعلق بصلاحية الشخص لاكتساب
الحقوق والتحمل بالواجبات ، الا أنهما يختلفان من حيث المدلول .
فالشخصية تتعلق ببداً الصلاحية لاكتساب الحق أو بتحمل الواجب
بصفة عامة . أما أهلية الوجوب فتتعلق بمدى هذه الصلاحية ، بمعنى
أن حرمان الشخص من بعض الحقوق أو إعفاءه من بعض الواجبات ، لا
يمس الشخصية التي توجد بنفس النظر عن مدى الحقوق والواجبات
الثابتة للشخص ، ولكن هذا الحرمان أو الاعفاء يمس أهلية الأداء فيتقص

منها . فحرمان الأجنبي في مصر من تملك الأراضي الزراعية لا يمس شخصيته ولكنه يقيد أهلية الأداء بالنسبة له .

١٤١ - تقسيم :

رأينا أن الشخص في نظر القانون أما أن يكون شخصا طبيعيا ، وأما أن يكون شخصا معنويا أو اعتباريا . وعلى هذا الأساس سنتكلم أولا في الشخص الطبيعي ، وثانيا في الشخص المعنوي .

الفصل الأول الشخص الطبيعي

١٤٢ - الإنسان :

الإنسان هو الشخص الطبيعي ، وتثبت له الشخصية بفض النظر عن مدى ما يتوافر له من حقوق أو ما يتحمله من واجبات .

وستناول في دراسته الكلام في : أولا - مدة الشخصية . ثانيا - مميزات الشخصيات . ثالثا - الأهلية ونقصها أهلية الأداء .

المبحث الأول مدة الشخصية

١٤٣ - بدء الشخصية :

تبدأ شخصية الإنسان بالولادة . غير أنه يرد على هذه القاعدة قيدان : الأول - أن يولد الإنسان حيا (Vivant) الثاني - أن الشخصية قد تقرر للإنسان قبل ولادته ، أي تقرر للجنين أي العمل المستكن .

١٤٤ - القيد الأول - الولادة حيا :

يشترط لثبوت الشخصية أن يولد الإنسان حيا ، فإن ولد ميتا فلا تثبت له . ويشترط في القانون المصري اتصال المولود حيا عن أمه اتصالا

تاما (م ٢٩ / ١ مدني) ، وهذا هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل .

وفي القانون اللبناني يشترط كذلك انفصال المولود انفصالا كاملا عند غير المساحين وعند طائفة الشيعة . أما عند طائفة السنة وطائفة الدروز ، ويأخذان بالمذهب الحنفي ، فيعتبر الانسان قد ولد حيا اذا خرج أكثره حيا ولو توفي بعد ذلك ^(١) .

١٤٥ - القيد الثاني - الجنين :

خروجا على الأصل العام بثبوت الشخصية بولادة الانسان حيا ، فانه ثبت للجنين أي للحمل المستكن بعض الحقوق قبل الولادة ، أي تكون له أهلية وجوب ناقصة . ذلك أنه فضلا عن النسب ، ثبت للجنين الحق في الارث وفي الوصية وفي الهبة ^(١) ، والى هذا أشار المشرع المصري في المادة ٢٩ / ٢ مدني بقوله « ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون » .

(١) في القانون الفرنسي لا يكفي أن يولد الانسان حيا ، بل يجب ايضا أن يولد قابلا للحياة (Viable) أي مستكملا للأعضاء الأساسية للحياة ، ويعتبر انه ولد حيا اذا تنفس بعد انفصاله .

(٢) نص المشرع اللبناني على حق الجنين في الهبة في المادة ٥١٨ من قانون الموجبات والعقود ، فقرر ان « الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز ان يقاها الأشخاص الذين يمثلونهم » . ونظرا لأن القانون المصري قد جاء خلوا من نص مماثل فقد ناز الخلاف بين الشراح في امكان الهبة للجنين (راجع حسن كيرة ، أصول القانون ، ص ٧٢٢ ، وتوفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨) .

على أن ما يثبت للجنين من حقوق يكون موقوفا على شرط ولادته حيا ، فان ولد ميتا اعتبر الأمر كأن لم يكن ، ورد الى التركة مثلا ما كان موقوفا له من ارث .

١٤٦ - نهاية الشخصية :

الأصل أن تنتهي شخصية الانسان بموته موتا حقيقيا ، الا أنه خروجا على هذا الأصل تنقضي الشخصية كذلك بالموت الحكي ، وهذه هي حالة المفقود .

١٤٧ - المفقود :

المفقود شرعا هو الغائب غيبة منقطعة ، أي انقطعت أخباره فلا تعرف حياته من ماته .

ويفرق في القانون المصري ^(١) بالنسبة للمفقود بين فرضين :

الفرض الأول - حالة المفقود الذي يوجد في ظروف يطلب فيها الهلاك ، كما لو تم القتل أثناء حرب أو في كارثة كفيضان أو زلزال . وفي هذا الفرض يحكم القاضي بموت المفقود بعد أربع سنوات من تاريخ فقده (أو يصدر قرار وزير الحربية باعتباره مفقودا اذا كان من العسكريين) .

الفرض الثاني - حالة المفقود الذي لا يوجد في ظروف يطلب فيها الهلاك ، كمن سافر الى بلد آخر طلبا للعلم أو السياحة وانقطعت أخباره ولا تعرف حياته من ماته . وفي هذا الفرض يترك للقاضي تحديد المدة التي يحكم بعدها بموته ، وطبيعي أن هذه المدة لن تقل عن أربع سنوات .

(١) راجع المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المعدلة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ والخاصة بأحكام الفقد .

وفي القرضين معا لا يجوز الحكم بموت المفقود الا بعد أن يتحرى القاضي عنه بكافة الطرق الممكنة ، حتى يستبين له ما اذا كان حيا أم ميتا (١) .

١٤٨ - ما يترتب على الحكم باعتبار المفقود ميتا :

يترتب على الحكم بموت المفقود (أو صدور قرار وزير الحرية باعتباره مفقودا اذا كان من العسكريين) أن تنتهي شخصيته . فيجوز لزوجته أن تمتد عدة الوفاة وأن تتزوج من غيره بعد انتهاء فترة العدة . وتوزع تركته على ورثته الموجودين وقت الحكم بموته (أو وقت صدور قرار وزير الحرية) .

وإذا كان المفقود يعتبر حيا بالنسبة للأحكام التي تضره حتى يقضي (أو يصدر قرار) بموته ، الا أنه يعتبر ميتا بالنسبة للأحكام التي تنفعه

(١) يختلف تحديد المدة التي يحكم بفواتها موت المفقود في القانون اللبناني بحسب الطوائف الدينية . فبالنسبة للطائفتي السنة والشيعة لا تختلف المدة التي يحكم بفواتها باعتبار المفقود ميتا باختلاف ظروف الفقد . غير أن المذهب الحنفي الذي تأخذ به طائفة السنة يرى الحكم باعتبار المفقود ميتا بعد مضي مدة لا يعيشها أقرانه ، والراي على تقديرها بتسعين سنة من تاريخ ولادته . أما المذهب الجعفري الذي تأخذ به طائفة الشيعة فيرى اعتبار المفقود ميتا بعد مائة سنة من ولادته .

أما بالنسبة للطوائف غير الإسلامية ولطائفة الدرّوز ، فإذا كان الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك حكم القاضي بموت المفقود بعد مضي عشر سنوات من تاريخ الفقد (م ١٢٤) من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرّزية لسنة ١٩٤٨ م : ١/٢٤ من قانون الإرث لغير المحمّدين لسنة ١٩٥٩ . أما إذا كان الفقد في ظروف لا يغلب فيها الهلاك ، فيعتبر المفقود ميتا ببلوغه مائة سنة بالنسبة للطوائف الإسلامية (م ٢/٢٤) . وبالنسبة للدرّوز يترك الأمر للقاضي (م ١٢٤ من قانون أحوالهم الشخصية) .

وتنصر غيره . فإذا كان قد آن اليه ميراث في الفترة بين فقده والحكم (أو القرار) بموته . فإنه بعد صدور هذا الحكم (أو القرار) لا يتقل هذا الميراث الى ورثته هو . وإنما يعود نصيبه الذي كان موقوفا الى من كانوا يستحقونه وقت وفاة المورث .

١٤٩ - ظهور حياة المفقود :

إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم (أو القرار) بموته : فإن زوجته تعود اليه إذا لم تكن قد تزوجت بغيره . وإذا كانت قد تزوجت بغيره ولم يدخل بها . فيفسخ الزواج الثاني وتعود لزوجها الأول (وكذلك الحكم إذا كان الزوج الثاني قد تزوجها وهو يعلم بحياة المفقود ، أو كان قد عقد عليها أثناء فترة عدتها من المفقود) . أما إذا كان الزوج الثاني حسن النية ، أي يجهل حياة المفقود : ولم يكن قد عقد عليها خلال العدة ، وكان قد دخل بها . فإنها تكون له .

وبالنسبة لأمواله فإنه يأخذ ما بقي في يد ورثته مما كان له ، ولا يسأل أحدهم عما تصرف فيه ، وكذلك الحكم بالنسبة الى ما بقي في أيدي ورثة مورثه من نصيبه الذي رد اليهم .

المبحث الثاني مميزات الشخصية

١٥٠ - تقسيم :

يحدد الفقهاء مميزات الشخصية بأمور ثلاث هي : الحالة التي تحدد مركزه بالنسبة الى الدولة ، والى الأسرة ، وفي بعض الأحيان بالنسبة الى الدين . والاسم وهو وسيلة التعرف عليه . وأخيرا الموطن الذي يساعد في العثور على مكانه حيث يقيم .

ومستضيف الى دراسة هذه العلامات الثلاث المميزة للشخصية دراسة
الذمة المالية باعتبار أن كل شخص له ذمة مالية .

المطلب الأول

الحالة

١٥١ - التصريف بالحالة :

الحالة (*Etat*) هي مجموع من الصفات يترتب على توافرها آثار
قانونية معينة، تؤثر في تحديد ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات . وقوام
الحالة هي انتساب الشخص الى دولة معينة ، والى أسرة معينة ، والى
دين معين .

١٥٢ - انتساب الشخص الى دولة معينة :

ينتسب كل شخص الى دولة معينة ، والرابطة التي تجمع بينهما
تسمى بالجنسية (*La nationalité*) فالجنسية صفة في الشخص تقيّد
انتسابه الى دولة معينة ، ولو أن من الأشخاص من لا ينتسب الى أية دولة
ويسمى بديم الجنسية (*Apatride*)

والدول تجري في تحديد الجنسية على احدى قاعدتين أو عليهما
مما ، وهما : قاعدة الدم فيأخذ الشخص جنسية أبيه وأحياناً جنسية أمه .
وقاعدة محل الميلاد بإعطاء الشخص جنسية الدولة التي يولد على اقليمها
بصرف النظر عن جنسية أبويه . ويأخذ القانونان المصري واللبناني
بقاعدة الدم أي برباط الدم كما يسمى أيضاً .

والجنسية التي تكلمنا عنها هي الجنسية الأصلية التي تثبت للشخص
عند الميلاد على أساس رباط الدم (*jus sanguinis*) أو رباط الاقليم
(*jus soli*) . غير أنه يوجد بجانب الجنسية الأصلية ما يسمى

بالجنسية الطارئة وهي التي تكتسب بعد الميلاد ولسبب آخر غيره ، وهي تكتسب عادة بطرق الزواج أو بطرق التجنس .

والعلة في تحديد جنسية الشخص أن نطاق الحقوق التي يتمتع بها والواجبات التي يتحملها يختلف بحسب ما اذا كان من الوطنيين أم من الأجانب . فالأجنبي لا يتمتع بالحقوق السياسية كحق الترشيح أو الانتخاب في المجالس النيابية أو حق تولي الوظائف العامة ، كما أنه لا يتمتع ببعض الحقوق المدنية ، فكثير من تشريعات الدول تحرم على الأجنبي تملك العقارات خاصة الأراضي الزراعية ، أو تحظر عليه مزاوله مهنة معينة كالطب أو المحاماة . كذلك لا يتحمل الأجنبي كل الواجبات التي يلتزم بها الوطني ، فلا يكلف مثلا بأداء الخدمة العسكرية .

على أنه مهما تقلصت حقوق الأجنبي فهناك حد أدنى تخرسه قواعد القانون الدولي العام ، فلا يحرم من الحريات العامة أو الحقوق الأساسية بشخصه كإنسان .

١٥٣ - انتساب الشخص إلى أسرة معينة :

ينتسب الشخص إلى أسرة ، أي يربطه بالأسرة رباط معين . وقد يتبادر إلى الذهن أن اللقيط - وهو من لا ينتسب إلى أسرة - ليست له حالة، إلا أن وصفه بأنه لقيط معناه أنه لا ينتسب إلى أسرة، وهذا يكون الحالة تكوينا قانونيا .

والأسرة هي مجموعة من الأشخاص يرتبطون معا برابط القرابة ، وهو ما عبر عنه المشرع المصري في المادة ١/٣٤ مدني بقوله « تتكون أسرة الشخص من ذوي قرابه » . والقرابة تقوم إما على أساس النسب ولما على أساس المصاهرة .

ورباط النسب هو رباط الدم ، والقربة التي تقوم على أساس النسب هي اما قربة مباشرة أو قربة حواشي .

والقربة المباشرة هي التي تقوم بين الأصول والفروع ، أي تقوم على أساس تسلسل عمودي ، كالقربة بين الابن والاب والجد (١/٣٥ مدني) .

أما قربة الحواشي فهي التي تقوم بين الأشخاص الذين يشتركون في أصل مشترك دون تسلسل عمودي بينهم ، كالقربة بين الأخ وأخيه ، أو بين الشخص وعمه أو عته (م ٢/٣٥ مدني) .

ويراعى في حساب درجات القربة بنوعها أن كل طبقة درجة مع استبعاد حساب الأصل أو الأصل المشترك ، وهو ما نصت عليه المادة ٣٦ مدني بقولها « يراعى في حساب درجة القربة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل ، وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة » .

وعلى هذا الأساس يعتبر الابن في الدرجة الأولى بالنسبة إلى الاب وفي الدرجة الثانية بالنسبة إلى الجد الأول في حساب القربة المباشرة . وفي حساب قربة الحواشي يعتبر ابن العم في الدرجة الرابعة بالنسبة إلى ابن عمه ، وذلك بالصعود من الشخص إلى الأصل المشترك ثم بالنزول من الأصل المشترك إلى القرب الآخر ، دون احتساب الأصل المشترك .

أما رباط المصاهرة فقوامه الزواج ، فبالزواج تنشأ القربة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر ، وليس بين أقارب أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر ، وهو ما عتته المادة ٣٧ مدني بالنص على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القربة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » . وعلى هذا الأساس يعتبر أخ الزوجة وهو قريب لها بالنسبة في

الدرجة الثانية ، قريبا لزوجها في الدرجة الثانية كذلك ، ولكنها قرابة مصاهرة ، وابن عمها وهو قريبا بالنسب في الدرجة الرابعة ، قريبا لزوجها بالمصاهرة في الدرجة الرابعة كذلك ... وهكذا .

وتبدو أهمية القرابة في تحديد الحقوق والواجبات العائلية ، أي في تحديد ما يسمى بحقوق الأسرة ، خاصة ما تعلق منها بالارث والنفقة . بل ان للقرابة أثرها على النشاط القانوني للشخص ، فمثلا يعتبر القاضي غير صالح لنظر الدعوى اذا كان قريبا أو صهرا لاحد الخصوم الى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته مصلحة في الدعوى (١) .

١٥٤ - انتساب الشخص الى دين معين :

الأصل هو تساوي جميع الأشخاص في الحقوق والواجبات بصرف النظر عن الدين الذي يتبعون اليه ، غير أنه لما كانت مسائل الأحوال الشخصية في مصر ولبنان قد تركت لحكم الشرائع الدينية وخاصة الشريعة الاسلامية في مصر ، اختلفت الحقوق والواجبات التي تثبت للشخص باختلاف الدين الذي يتسبب اليه .

من ذلك اباحة تعدد الزوجات بالنسبة للمسلم حتى أربع ، وقصر هذا الحق على واحدة بالنسبة لغير المسلم . واباحة الطلاق بالنسبة للمسلم وحرمان بعض غير المسلمين منه . واباحة زواج المسلم بكتانية من غير المسلمين ، وتحريم زواج المسلمة بغير مسلم .

ومن ذلك أيضا اعتبار اختلاف الدين مانعا من موافق الارث في الشريعة الاسلامية (٢) ... وهكذا .

(١) م ١١٩ و ١٢٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، و م ١٤٧ - ١٤٩ مرافعات مصري .

(٢) تنص المادة ٩ من قانون الارث لغير المحمدين في لبنان على ان « اختلاف الدين لا يمنع من الارث الا اذا كان الوارث تابعا لاحكام تمنع من الارث بسبب اختلاف الدين » .

المطلب الثاني

الاسم

١٥٥ - المقصود بالاسم وتكوينه :

الاسم هو العلامة التي يتميز بها الشخص عن غيره ، وهو يتكون من الاسم الشخصي (prénom) واللقب (nom) وهو اسم الأسرة . واللقب يلحق الشخص عن طريق النسب ، فيكون للولد لقب أبيه ، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٨ مدني بقولها « يكون لكل شخص اسم و لقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده » . غير أن الغالب في مصر ولبنان هو استعمال الاسم الشخصي مضافا اليه اسم الأب أو الجد ، وإن كان استعمال اللقب قد بدأ ينتشر الآن ، وقد ترك المشرع في القانون المدني المصري تنظيم اللقب لتشريع خاص (م ٣٩) ، غير أن هذا التشريع لم يصدر حتى اليوم (١) .

وإذا كان الأصل أن الشخص يكتسب اللقب عن طريق النسب ، إلا أن العرف في بعض البلاد الغربية كفرنسا ، قد جرى على اكتساب الزوجة لقب زوجها بالزواج (٢) .

١٥٦ - طبيعة حق الإنسان على اسمه :

كان من رأي فريق من الشراح أن حق الإنسان على اسمه هو حق

(١) تقضي المادة ١٨ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالأحوال المدنية على أنه يجب أن يشتمل التبليغ عن المواليد ذكر اسم الطفل ولقبه .

(٢) يرى بعض الشراح اللبنانيين أن هذا العرف موجود في لبنان (البير فروحات ، القانون المدني ، مقدمة عامة ، ص ٢٩٥) . والغالب وجود مثل هذه العادة في مجال المجاملات ، ولكنها لا ترقى إلى مرتبة العرف في مجال العلاقات القانونية (حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ٢٤٠) .

ملكية ، وهذا هو مذهب القضاء الفرنسي ، ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن حق الملكية حق مالي يجوز التصرف فيه ، في حين أن الحق في الاسم حق غير مالي ويخرج بذلك من نطاق التعامل .

ويرى البعض الآخر من الفقهاء أن الاسم عبارة عن نظام اداري تفرضه الدولة على الأشخاص حتى يمكن التمييز بينهم (Institution de police) غير أنه يعب هذا الرأي أنه يقتصر على تصوير الواقع ولا يكفيه من الناحية القانونية .

والرأي الراجح الآن أن حق الانسان على اسمه هو حق من الحقوق العامة للصيغة بالشخصية ولذا فلا يجوز التصرف فيه ، أو سقوطه أو اكتسابه بالتقادم .

١٥٧ - ثبات الاسم :

ما دام أن الاسم هو العلامة التي يتميز بها الشخص عن غيره ، فمن مصلحة الجماعة أن يتمتع عليه التغير أو التبديل فيه بمحض ارادته ، والا شاعت التوضى واختلط الأمر .

غير أن مبدأ ثبات الاسم لا يمنع من تغييره اذا دعت الى ذلك ضرورة كما لو اشتهر الشخص باسم آخر ، أو كان في الاسم ما يدعو الى السخرية به ... الخ ، كل هذا بشرط مراعاة الاجراءات التي يطلبها القانون ضمانا لجدية التغير ، وحماية للغير الذي قد يقصد بالتغير الاضرار به ، باتحال شخصيته أو التحايل باسمه . ولهذا فإن القانون المصري يتطلب لامكان تغير الاسم صدور حكم قضائي بذلك ، أما تصحيح الخطأ المادي فمن اختصاص مصلحة الأحوال المدنية (م ٣٦ من قانون الأحوال المدنية) (١) .

(١) لم يتعرض المشرع اللبناني الا لحالة تصحيح الاسم ، فجعله من اختصاص القضاء (م ٢١ من المرسوم رقم ٨٨٣٧ بتاريخ ١٥ كانون الثاني سنة ١٩٣٢) ، وقياسا على ذلك يصح القول بان تغير الاسم يكون من اختصاص القضاء ايضا .

١٥٨ - حماية الاسم :

لما كان الاسم حقاً من حقوق الشخصية ، وجب حمايته من أي اعتداء عليه . والاعتداء على الاسم من قبل الغير يكون بالمنازعة فيه أو اتحاله لنفسه أو استعماله على أي وجه كان ، وهو ما نصت عليه المادة ٥١ مدني بقولها « لكل من فازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن اتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

أي أن حماية الاسم تكون برد الاعتداء عليه من فاحية ، وتعويض صاحبه عما أصابه من ضرر مادي أو أدبي بسبب هذا الاعتداء من فاحية أخرى .

والحماية القانونية للاسم لا تقتصر على الاسم الحقيقي للشخص ، بل تمتد كذلك إلى اسم الشهرة (surnom) أو إلى الاسم المستعار (pseudonyme) ، الذي يتخذه الشخص عند مزاولته بعض أوجه النشاط الفني أو الأدبي ، لأنهما من العلامات المميزة للشخص كالأسم الحقيقي .

١٥٩ - الاسم التجاري :

الاسم التجاري (nom commercial) هو الاسم الذي يتخذه التاجر ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً ، ليميز به محطه التجاري . ويعتبر الاسم التجاري عنصراً من عناصر المحل التجاري ويعتد به في تقويمه .

والحق على الاسم التجاري - بعكس الحق على الاسم الشخصي - حق مالي ، ولذا يجوز انتزاعه فيه ، وهو ما يحدث عند بيع المحل التجاري .

هذا وقد يقع أن يكون اسم المحل التجاري هو الاسم الخاص لصاحبه ، وفي هذه الحالة يكون المقصود بالتصرف فيه هو السماح فقط باستعماله كمنوان للمحل التجاري مع اضافة كلمة خلف أو خلفاء منعا للاشتباه .

• يحمي القانون الاسم التجاري حمايته للاسم الخاص ، فيمنع أي اعتداء عليه ، سواء كان بالمنازعة فيه أو باتحاله .

المطلب الثالث

الموطن

١٦٠ - التعريف بالموطن وتحصيله :

يقصد بالموطن (Le domicile) المكان الذي يعتد به في مخاطبة الشخص في شؤونه القانونية ، فاليه توجه الأوراق المطلوب اعلانه بها كالاعلان أو الانذار أو صحيفة الدعوى ، واليه يرجع في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع ، أو في تحديد مكان الوفاء بالتزام وبعبارة موجزة يعتبر الموطن المقر القانوني للشخص .

ويفترق الموطن عن محل الوجود (La résidence) الذي قد يوجد فيه الشخص بصفة مؤقتة عارضة ، كالاقامة في فندق بضعة أيام أثناء السفر ، في أن الأخير لا يعتبر مقرا قانونيا له .

ويؤخذ في تحديد الموطن بأحد تصويرين هما : التصوير الحكمي والتصوير الواقعي .

والتصوير الحكمي قوامه المركز الرئيسي للشخص ، الذي يقوم به

باستيفاء ما له وإيفاء ما عليه ، ولا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بشؤون نفسه ، حتى ولو لم يكن موجودا فيه في غالبية الأحيان ، وهذا هو التصوير الذي أخذ به القانون الفرنسي . ويترب عليه أن لكل شخص موطن ، وأن ليس للشخص أكثر من موطن واحد .

أما التصوير الواقعي فقوامه الإقامة الفعلية للشخص ، وهذا هو التصوير الذي أخذ به المشرع المصري بما قرره من أن « الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة » (م ٤٠ ، ١ مدني) ، أي المكان الذي يتحقق فيه معنى الاستقرار والإقامة المسمرة ولو تخللتها غيبة . ويترب على الأخذ بهذا التصوير الواقعي أن الشخص قد لا يكون له موطن ما كما في حالة البدو الرحل ، أو أن يكون للشخص أكثر من موطن كمن له زوجتان أفرد لكل منهما مكانا مستقلا (م ٤٠ ، ٢ مدني) .

١٦١ - أنواع الموطن :

الموطن على نوعين : موطن عام (domicile général) وقوامه فكرة الإقامة المعتادة على النحو السابق الذكر . وموطن خاص (domicile spécial) وهو يوجد بجانب الموطن العام ، ويكون مقرا قانونيا للشخص بالنسبة لنشاط أو معاملات معينة على وجه التحديد ، وذلك بقصد التيسير على الشخص وعلى المتعاملين معه بخصوص هذه المعاملات .

وللموطن الخاص أكثر من صورة ، فهناك موطن الأعمال ، وموطن ناقص الأهلية ، والموطن المختار .

١٦٢ - موطن الأعمال :

تنص المادة ٤١ مدني على أنه « يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطننا بالنسبة الى ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » .

فهذا المواطن يعتبر موطنا خاصا بالنسبة الى أعمال التجارة أو الصناعة أو الحرفة التي يزاولها الشخص ، أما ما عدا ذلك من أوجه نشاطه فالمعبرة بالنسبة اليها بالمواطن العام .

هذا ويلاحظ أنه لا يقتصر مدلول لفظ الحرفة على معناها الضيق كالنجارة مثلا ، بل ينصرف الى باقي المهن الحرة كالطب والمحاماة مثلا .

١٦٢ - موطن ناقص الاهلية بالنسبة لا يعتبر اهلا لمباشرة من تصرفات :

إذا كان موطن القاصر والمحجور عليه والمقنود والغائب هو موطن من ينوب عنه قانونا (م ١/٤٢ مدني) ، وهذا هو ما يعرف بالموطن القانوني أو الالتزامي . الا أنه بجانب هذا الموطن القانوني - وهو بعد الموطن العام بالنسبة الى القاصر - يوجد موطن خاص بالنسبة لهذا الأخير إذا بلغ ثماني عشرة سنة ، وذلك بالنسبة الى التصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها .

وهذا الموطن الخاص يقوم القاصر بتحديدته تحديدا اراديا ، فقد يكون محل اقامته المعتادة وهذا هو الأصل ، وقد يكون المكان الذي يختاره لتنفيذ تصرف قانوني معين . وعلى هذا نصت المادة ٤٢ مدني في فقرتها الثانية فقررت « ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص ، بالنسبة الى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها » .

١٦٤ - الموطن المختار :

الموطن المختار هو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين (م ١/٤٣ مدني) . ولا يجوز اثبات وجود هذا الموطن الا بالكتابة (م ٢/٤٣ مدني) سواء تم اختيار هذا الموطن بمقتضى عقد أو بالارادة الشخصية للشخص .

والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الوطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما في ذلك اجراءات التنفيذ الجبري ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الوطن على أعمال دون أخرى (م ٤٣ / ٣ مدني) .

ومثال الوطن المختار أن يختار شخص مكتب أحد المحامين موطننا له لكي يعلن فيه كل ما يتعلق بأمور تنفيذ عقد أبرمه مع شخص آخر (١) .

المطلب الرابع

الذمة المالية

١٦٥ - التعريف بالذمة المالية وأهميتها :

الذمة المالية (Le patrimoine) هي مجموعة قانونية تتضمن ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات مالية . وهي على هذا النحو تتكون من جانبين : جانب ايجابي ويشمل حقوق الشخص المالية ، وجانب سلبي ويشمل التزامات الشخص المالية . فاذا زاد الجانب الايجابي على الجانب السلبي كانت الذمة دائنة ، واذا كان العكس أي زاد الجانب السلبي

(١) اذا كان الاصل ان اتخاذ موطن مختار امر جوازى للانسان ، الا ان القانون في بعض الحالات قد يلزمه باتخاذ هذا الوطن ، من ذلك ما تقضي به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقاري المصري من انه يجب على الدائن الذي يكون صاحب حق عيني عقاري تبني شهر بطريق القيد أن يعين موطننا مختارا في دائرة المحكمة التي يقع في اختصاصها العقار محل الحق .
وما تنص عليه المادة ٢/٧٤ من قانون المرافعات المصري من أن « على الخصم الذي لا يكون له وكيل بالبلد الذي به مقر المحكمة أن يتخذ له موطننا فيه » .

وما يقضي به قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني من انه يجب على كل من المدعي والمدعى عليه أن يختار مقاما في منطقة المحكمة اذا لم يكن مقيما فيها (م ٢٨٦ و ٢٨٧ و ٢٨٩) .

على الجانب الايجابي كانت الذمة مدينة ، ويعتبر صاحبها في حالة اعسار اذا كان غير تاجر وفي حالة افلاس اذا كان تاجرا .

والذمة على النحو السابق تحديده لا تتضمن الا الحقوق والالتزامات المالية ، فيستبعد منها الحقوق غير المالية كالحقوق العامة مثلا ، والواجبات غير المالية كالواجب المفروض على الكفاة باحترام حقوق الغير .

وأهمية الذمة المالية تتضح في أن لكل شخص ذمة مالية حتى ولو لم يكن له أي حق أو عليه أي التزام كالطفل وقت ولادته .

وأن الذمة تكون ما يسمى بالضمان العام الذي للدائنين بمعنى أن مجموع حقوق المدين المالية يضمن مجموع التزاماته المالية؛ ولهذا السبب وجدت فكرة الذمة المالية ، اذ لو وقع الالتزام على مال معين من أموال المدين ، لصعب على المدين التصرف فيه ، لأن الناس ترغب عن مال محمل بالتزام لمصلحة الغير ، أما مع وجود فكرة الذمة المالية ، فإن الالتزام يقع على مجموع أموال المدين ولا يستقر على أحدها ، وبذا يستطيع المدين أن يتصرف فيه خاليا من كل تكليف أو التزام لمصلحة الغير . والخلاصة أن التزامات المدين تضمنها ذمته المالية أي الجانب الايجابي منها أي جميع أمواله الحاضرة وقت نشوء هذه الالتزامات ، وجميع أمواله المستقبلية أي التي يكتسبها بعد ذلك ، ولا يضمنها مال معين بالذات من أمواله . وبناء على هذا الضمان العام يستطيع أي دائن التنفيذ على أي مال من أموال المدين ، وفي حالة تعدد الدائنين وتزاحمهم يوزع ثمن بيع أموال المدين بينهم وفق قاعدة قسمة الغرما ، أي لا يفضل أحدهم على الآخر في استيفاء دينه .

المبحث الثالث الأهلية

١٦٦ - موضوعات البحث :

سنتناول بمناسبة دراسة الأهلية البحث بإيجاز في مبادئ الأهلية ،
ثم في العوامل التي تتأثر بها أهلية الأداء وهي : السن ، وعوارض
الأهلية ، وموانع الأهلية ^(١) .

المطلب الأول

مبادئ الأهلية

١٦٧ - أهلية الوجوب وأهلية الأداء :

ينصرف اصطلاح الأهلية تارة الى ما يسمى بأهلية الوجوب
(Capacité de jouissance) وتارة الى ما يسمى بأهلية الأداء
(Capacité d'exercice) وإن كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو
انعدامها أو نقصها أهلية الأداء لا أهلية الوجوب ، لأنه إذا انعدمت أهلية
الوجوب فنمّا تتصور البحث في أهلية الأداء .

وأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لمتنع بالحقوق وتحصل
الواجبات التي يقررها القانون ، وهي على هذا النحو تتصل بالشخصية ،
ولذا تثبت للإنسان من وقت ولادته الى حين وفاته ، وفي بعض الحالات
تثبت له قبل الولادة أي عندما يكون جنينا ، فيكون له الحق في الميراث
من مورثه وفي الوصية ممن يوصى له .

(١) راجع في شأن الأهلية ، مؤلفنا في النظرية العامة للالتزام ، ج ١

بند ٥٩ وما بعده .

والأصل في هذه الأهلية أن تكون كاملة : إلا أنها في بعض الحالات قد تكون منعدمة وفي حالات أخرى قد تكون ناقصة ، فهي منعدمة بالنسبة لمن يحكم عليه بالموت المدني في الشرائع التي كانت تبيح ذلك ، وفي الرهينة بالنسبة لبعض الطوائف المسيحية ، وهي ناقصة بالنسبة لبعض الأشخاص كالأجانب الذين يحرمهم المشرع من التمتع ببعض الحقوق كالحق في تسلك الأراضي الزراعية (قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥١ في مصر) .

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لأعمال إرادته أفعالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده ، وهذه الأهلية قد تكون كاملة أو ناقصة أو معدومة . فإذا كانت كاملة صح التصرف الذي يجريه الشخص . وإذا كانت ناقصة كان التصرف قابلا للإبطال ، وإذا كانت معدومة كان التصرف مطلقا للبطلان .

١٦٨ - اتصال أحكام الأهلية بالنظام العام :

أحكام الأهلية وإن كان الغرض منها حماية مصالح خاصة هي مصالح الأفراد . إلا أنها تمس الأفراد في مجموعهم ولذا تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، وعلى هذا لا يجوز التعديل فيها أو الاتفاق على ما يخالفها : فلا يجوز للشخص مثلا أن ينزل عن أهلية الوجوب أو أهلية الأداء أو أن يتفق على توسيعها أو التقييد منها : وقد نصت على ذلك المادة ٤٨ مدني بقولها « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » . وبناء على هذا النص يقع باطلا كل اتفاق على تعديل أهلية الشخص ، أما ادعاء الشخص أهلية ليست له فلا أثر له إلا في حالة الغش ، إذ يكون للمتعاقد الآخر الرجوع عليه بالتعويض ، كادعاء الشخص كمال الأهلية وتقديمه شهادة ميلاد مزورة تدل على بلوغه سن الرشد (١١٩٠ مدني) .

١٦٩ - عبء البات عدم الأهلية أو نقصها :

تنص المادة ١٠٩ مدني على أن « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحذف منها بحكم القانون » . والذي يستخلص من هذا النص أن عبء اثبات نقص أو انعدام الأهلية على من يدعيه ، فإذا ادعى أحد المتعاقدين نقص أهليته بنية التوصل الى ابطال العقد كان عليه اثبات هذا الادعاء .

هذا ولما كانت القاعدة أهلية كل شخص للتعاقد ما لم يثبت العكس، وأن المتعاقد غير ملزم بإعلان نقص أهليته ، وجب على كل متعاقد أن يتأكد من كمال أهلية من يتعاقد معه ، والا تحمل تبعه تقصيره إذا أبطل العقد لنقص الأهلية .

المطلب الثاني

العوامل التي تتأثر بها الأهلية

١٧٠ - بيان هذه العوامل :

تتأثر أهلية الأداء بالسن ، كما تتأثر بعوامل أخرى هي عوارض الأهلية ، وموانع الأهلية ، وسنبعث في كل من ذلك على حدة .

١ - السن

١٧١ - تدرج الأهلية وفقاً للسن :

مناط أهلية الأداء هو التمييز ، والتمييز يتأثر بالسن . وقد حدد المشرع المصري سن التمييز بسبع سنوات ، فقرر في المادة ٢/٤٥ مدني أن « كل من لم يبلغ السابعة يعتبر قاصداً للتمييز » . أما في القانون اللبناني

يوجد نص مماثل ، ولذا يكون القاضي في هذا القانون تقدير وجود التبرير من عدمه في كل حالة على حدة دون التقيد بمن معين .

وفائد التمييز ليست له أهلية أداء ، ولذا لا يستطيع مباشرة أي تصرف من التصرفات القانونية ولو كان قائما له تقما محضا كقبول الهبة (م ١/٤٥ و ١١٠ مدني ، و ١/٢١٦ موجبات وعقود لبناني) .

فاذا بلغ الشخص سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد كانت له أهلية أداء ناقصة تخوله مباشرة بعض التصرفات ، وعلى هذا نصت المادة ٤٦ مدني بقولها : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » .

والصرفات التي لناقص الأهلية مباشرتها تناولها المشرع المصري في المادة ١١ التي تنص على أنه « ١ - إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة تقما محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا » . أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويؤدى حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف به ، بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأسوال وفقا للقانون » .

وظاهر من هذا النص أن تصرفات ناقص الأهلية النافعة له تقما محضا كقبول الهبة تقع صحيحة ، أما التصرفات الضارة به ضررا محضا كالبيع والجاراة فتقع باطلة ، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والجاراة فتكون قابلة للإبطال .

وتتفق أحكام القانون اللبناني في شأن تصرفات الصبي المميز مع

أحكام القانون المصري ، غير أنه بالنسبة للتصرفات الدائرة بين المنع والضرر ، وهي قابلة للإبطال دائما في القانون المصري : فإن القانون اللبناني يفرق في شأنها بين فرضين : الأول أن يكون التصرف خاضعا في ابرامه لمعاملة خاصة ، بمعنى أنه إذا كان التصرف لا يستطيع الولي أو الوصي ابرامه إلا باذن من المحكمة كبيع العقار ، فإن مثل هذا التصرف إذا أجراه القاصر بنفسه يجوز ابطاله ولو لم ينطو على غبن . الثاني أن يكون التصرف غير خاضع في ابرامه لمعاملة خاصة ، بمعنى أنه إذا كان التصرف يستطيع الولي أو الوصي ابرامه دون الرجوع الى المحكمة ، فإن هذا التصرف إذا أبرمه القاصر بنفسه لا يجوز ابطاله إلا إذا كان منطويا على غبن . ويكفي في هذا الشأن الغبن اليسير (م ٢١٦/٢ و ٣ موجبات) .

١٧٢ - الاستثناءات من القاعدة العامة في شأن اهلية النصب المميز :

رأينا أن القاعدة العامة في شأن اهلية النصب المميز تقوم على أساس التفرقة بين أنواع ثلاثة من التصرفات : التصرفات النافعة فحسب ، وهي صحيحة ، والتصرفات الضارة ضررا محضا ، وهي باطلة بطلانا مطلقا ، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهي قابلة للإبطال أي باطلة بطلانا نسبيا .

غير أنه استثناء من هذه القاعدة منح المشرع نصبي امميز أهلية أداء كاملة في حالات معينة بالنسبة لتصرفات كانت ممنوعة عليه ، من ذلك .

أولا - أن القانون أجاز للقاصر أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه من مال لأغراض ثقافته ، وفرض صحة التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط (م ٦١٨ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال في مصر) .

ثانياً - أجاز القانون للقاصر إبرام عقد العمل الفردي ، وإن أعطي للمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي الشأن انهاء العقد رعاية لمصلحته أو مستقبله أو لمصلحة ظاهرة (م ٦٢ من قانون الولاية على المال) . ومنحه اذا بلغ السادسة عشرة من عمره أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره بشرط ألا يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته (م ٦٣ من قانون الولاية على المال) .

ثالثاً - اذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال ، كان ذلك اذناً له في التصرف في المهر والنفقة ، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الاذن أو في قرار لاحق (م ٦٠ من قانون الولاية على المال) .

رابعاً - أجازت المادة الخامسة من قانون الوصية في مصر ، لمن بلغ من العمر ثمانين عشرة سنة شمسية أن يوصي ، وتكون وصيته جائزة ، متى أذنت المحكمة بذلك . وعلة هذا الاستثناء أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت فلن تلحق ضرراً بمال الصبي حال حياته ، وإن في اشتراط اذن المحكمة رقابة كافية على سلامة التصرف .

خامساً - حالة القاصر المأذون : اذا بلغ القاصر ثمانية عشرة سنة في القانون المصري فيجوز أن يؤذن له في تسلم أمواله لإدارتها (م ١١٢ مدني) ، ويجوز أن يؤذن له في الاتجار (م ٥٧ من قانون الولاية على المال) . ويصدر الاذن في الادارة من الولي بأشهاد لدى الموثق (م ٥٤ من قانون الولاية على المال) : أو من المحكمة بمد سماع أقوال الوصي (م ٥٥ من قانون الولاية على المال) . ويصدر الاذن في الاتجار من المحكمة (م ٥٧ من قانون الولاية على المال) .

أما في القانون اللبناني فالأذن للقاصر المميز غير مقيد ببلوغه سنناً

معيئة ، كما أنه غير مقيد بنوع معين من التصرفات ، فيجوز الاذن في ممارسة التجارة أو الصناعة (م ٢١٧ موجبات) ، كما يجوز مدالاذن الى غيرهما (م ٩٦٩ وما بعدها من المجلة) . ويكون الاذن في القانون اللبناني من الأب أو وصيه المختار ، والا فمن الجد الصحيح أو وصيه المختار ، والا من القاضي اذا امتنع أي من هؤلاء (م ٩٧٤ و ٩٧٥ مجلة) .

ويجوز في القانونين المصري واللبناني الرجوع في الاذن أوسحبه من قبل من أصدره ، اذا تبين سوء تصرف القاصر فيما بعد (م ٥٤ من قانون الولاية على المال و م ٩٧٣ و ٩٧٧ مجلة) .

١٧٣ - سن الرشد :

سن الرشد في القانون المصري هي احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (م ٢/٤٤ مدني) ، وفي القانون اللبناني ثمانى عشرة سنة .

واذا بلغ الشخص سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه . يكون كامل الأهلية لمباشرة كافة التصرفات القانونية (م ١/٤٤) سواء كانت نافعة تقعا محضا أم ضارة ضررا محضا أم دائرة بين النفع والضرر .

وترتفع الولاية أو الوصاية عن الشخص بمجرد بلوغه سن الرشد ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرارها (م ١٨ و ٤٧ من قانون الولاية على المال) .

٢ - عوارض الاهلية

١٧٤ - بيان العوارض :

قد يعتبرى الشخص بعد بلوغه سن الرشد غارض من عوارض الاهلية ،

فيؤدي ذلك الى فقد أهليته أو نقصها على حسب الأحوال • وعوارض الأهلية هي الجنون والته والسهة والفلة • ويشترك الجنون مع الته في أنهما يدممان الأهلية ، ويشترك السهة مع الفلة ، في أنهما يؤديان الى الاتقاص منها فقط ، وذلك في القانون المصري •

١٧٥ - الجنون :

الجنون مرض يعتري الشخص يؤدي الى زوال العقل ، وقد يستوعب الجنون كل أوقات المرض به ، وهذا هو الجنون المطبق ، وقد يجن المريض فترة من الزمن : وضيع أخرى ، وهذا هو الجنون المتقطع • والأصل بطلان تصرفات المجنون لانعدام التمييز دون حاجة الى صدور قرار بالحجر عليه، الا اذا وقعت هذه التصرفات في فترة افاقة فتعتبر صحيحة بشرط أن يكون بالغا سن الرشد ، وهذا هو الحكم في القانون اللبناني (م ٩٤٤ و ٩٥٧ و ٩٧٩ و ٩٨٠ من المجلة) •

أما في القانون المصري فقد نصت المادة ١١٤ من التقنين المدني على أنه « ١ - يقع باطلا تصرف المجنون وانتهوه اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر • ٢ - أما اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو الته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » •

فوفقا لهذا النص يفرق بين التصرفات التي يأتيها المجنون بعد تسجيل قرار الحجر ، والتصرفات التي يأتيها قبل تسجيله •

فالتصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر تقع باطلة ، أما التصرفات السابقة على تسجيل قرار الحجر فلا تبطل الا اذا كانت حالة الجنون شائعة وقت صدور التصرف أو كان الطرف الآخر على علم بها ، وعبء اثبات شيوع حالة الجنون وقت التعاقد أو علم المتعاقد الآخر بها على من يدعي

بطلان العقد لانعدام الارادة بسبب الجنون ، ويمكن في هذه الحالة الاستعانة بالقرائن كما لو كان التصرف قد صدر من المجنون لزوجه ، اذ يفترض علم الزوجة بمرض زوجها . أما اذا لم يكن الجنون شائما وقت التعاقد أو لم يثبت علم الطرف الآخر به ، فلا يبطل تصرف المجنون الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ، والقصد من ذلك هورغبة المشرع في ضمان استقرار المعاملات .

١٧٦ - العته :

المعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ، الا أنه لا يضرب ولا يشتم . وقد ألحقه المشرع المصري في الحكم بالمجنون (م ١١٤ مدني) ، فجعل تصرفاته اللاحقة لتسجيل قرار الحجر باطلة ، أما تصرفاته السابقة على تسجيل قرار الحجر فصحيحة الا اذا ثبت أن حالة العته كانت شائعة وقت التعاقد أو أن التعاقد الآخر كان على علم بها .

أما في القانون اللبناني فلا يعتبر العته معذرا للتمييز ، ولذا يأخذ المعتوه بحكم الصبي المميز (م ٩٧٨ مجلة) ، دون حاجة الى صدور قرار بالحجر عليه (م ٩٥٧ مجلة) .

١٧٧ - السفه والغفلة :

السفيه هو المغلوب بهواه فيعمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة . وذو الغفلة هو من لا يهتدي الى التصرفات الراجعة فيغبين لسلامة قلبه .

والقانون المصري يعتبر الغفلة عارضا مستقلا عن السفه ، أما

القانون اللبناني فيعتبر الغفلة نوعا من السفه (م ٩٤٦ مجلة)^(١) ، وعلى كل حال فالحكم واحد بالنسبة الى هذين العارضين سواء في القانون المصري أم في القانون اللبناني .

ويفرق القانون المصري فيما يتعلق بالتصرفات الصادرة من ذي الغفلة والسفيه بين التصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر عليه ، وبين التصرفات السابقة على تسجيل هذا القرار .

فبالنسبة للتصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر تنص المادة ١١٥/١ مدني على أنه « اذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام » . ومعنى ذلك أن التصرفات النافذة له فعلا محضا كالانتهاب تقع صحيحة ، أما الضارة به ضررا محضا كالتبرع الصادر منه فتقع صحيحة ، أما ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والاجارة فتكون قابلة للإبطال^(٢) .

(١) اما قانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية فيعتبر الغفلة عارضا مستقلا عن السفه (م ١١٩ و ١٢٣ و ١٢٤ و ١٢٥) ، وهو يتفق في هذا مع القانون المصري .

(٢) يستثنى من هذه الأحكام ما تقضي به المادة ١/١١٦ مدني من أنه « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا ، متى اذنته المحكمة في ذلك » .

وما تقضي به هذه المادة في فقرتها الثانية في شأن اعمال الإدارة من أنه « وتكون اعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه ، المأذون له بتسلم امواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » وحكم هذه الفقرة وان تكلم عن السفيه فقط إلا أنه يتصرف كذلك الى ذي الغفلة ، وهو ما نصت عليه المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال بقولها : « يجوز للمحجور عليه لسفه أو الغفلة ، باذن من المحكمة أن يتسلم امواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون » .

أما التصرفات السابقة على تسجيل قرار الحجر فقد تناولتها المادة ٢/١١٥ مدني بقولها « أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » . ومعنى هذا النص أن الأصل في تصرفات السفه وذي الغفلة الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون صحيحة ، الا اذا كانت نتيجة الاستغلال أو التواطؤ ، ذلك أن السفه أو ذي الغفلة كثيراً ما يلجأ - اذا ما توقع الحجر عليه - الى تبديد أمواله بالتواطؤ مع الغير ، أو يستغل الغير فرصة ما يعانيه من نقص بسبب السفه أو الغفلة ، فيستغل هذا النقص بابتزاز أمواله ، فرد المشرع هذا القصد بتقرير بطلان تصرفاته في هذه الحالة اذا كانت من قبيل التبرعات ، أو بإمكان إبطالها اذا كانت من المعاضات .

وفي القانون اللبناني تأخذ تصرفات السفه أو ذي الغفلة حكم تصرفات العبي المميز اذا صدرت بعد اعلان قرار الحجر (م ٩٦١ و ٩٦٢ و ٩٩٠ من المجلة) . أما قبل اعلان قرار الحجر فالأصل أن تعتبر صحيحة ، الا أنه وفقاً للمبادئ العامة من أن الغش يفسد كل تصرف ، فيمكن اعتبارها باطلة أو قابلة للإبطال اذا صاحبها استغلال أو تواطؤ ، بالرغم من خلو القانون اللبناني من نص خاص في هذا الشأن .

٢ - موانع الأهلية

١٧٨ - بيان الموانع :

قد يوجد الشخص بالرغم من اكتمال أهليته في ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده ، ولذا يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص آخر يتولى عنه ابرام هذه التصرفات أو يساعده في ابرامها . وهذه الموانع هي : الغيبة وهي مانع مادي ، والحكم بعقوبة جنائية وهي مانع قانوني ، والعاهة وهي مانع طبيعي .

١٧٩ - الفية :

الفية مانع مادي يحول بين الشخص وبين مباشرة التصرفات القانونية بنفسه رغم اكتمال اهليته . وينصرف اصطلاح الغائب في القانون المصري الى : ١ - المفقود وهو من لا تعرف حياته من مياته . ٢ - من لا يعرف له موطن أو محل اقامة رغم التيقن من حياته . ٣ - من له موطن أو محل اقامة خارج مصر ويستحيل عليه أن يتولى شؤونته بنفسه أو يشرف على من ينييه في ادارتها (م ٧٤ من قانون الولاية على المال) .

واذا انقضت سنة أو أكثر على غياب الشخص وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أقامت المحكمة وكلاء عنه يتولى شؤونته (م ٧٤) . وإذا كان الغائب قد ترك وكلاء عاما فتحكم المحكمة بثبوت متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي والا عينت غيره (م ٧٥ من قانون الولاية على المال) .

وفي القانون اللبناني لم تعرض النصوص القائمة في هذا الشأن (١) الا لحالة الغائب المفقود ، فإذا كان قد ترك وكلاء من قبل القعد فتستمر وكالاته الا اذا استبانت خيافته أو تقصيره ، وإذا لم يترك وكلاء ، فتعين المحكمة عنه وكلاء .

ويذهب الشراح الى تطبيق نفس هذه الأحكام الى حالة الفية غير المصحوبة بالقعد ، رعاية لصالح الغائب (٢) .

(١) راجع المواد ١٢٧ الى ١٣٣ من قانون الاحوال الشخصية للطائفة

المرزية .

(٢) حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ٢٥٨ ، عبد النعم الصده ،

المرجع السابق ، بند ٢٢١ .

١٨٠ - الحكم بمقوبة جنائية :

المحكوم عليه بمقوبة جنائية هو في الأصل شخص كامل الأهلية ، الا أن الضرورة تقضي بتعيين نائب له يرعى مصالحه . ولذا نص المشرع المصري في قانون العقوبات (م ٢٥) على أن المحكوم عليه بمقوبة جنائية يكون مجبورا عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويعين له قيدا يختاره المحكوم عليه وتقره المحكمة فإن لم يفعل عينته المحكمة ، بناء على طلب النيابة العامة أو ذي مصلحة في هذا الشأن .

ويتولى القيم أعمال الإدارة ، أما أعمال التصرف فلا بد فيها من اذن من المحكمة . وترد أموال المحكوم عليه اليه بعد انقضاء مدة العقوبة أو الافراج عنه ، ويقدم له القيم حسابا عن ادارته .

وفي القانون اللبناني تقضي المادة ٥٠ من قانون العقوبات بأن كل محكوم عليه بالأشغال الشاقة أو الاعتقال ، يحرم من ادارة أمواله أو التصرف فيها ، ولا يسلم اليه أي مبلغ من دخله فيما عدا المبالغ التي تجيزها الشريعة أو أنظمة السجون . ويتولى أعمال الإدارة والتصرف عنه وصي يعين وفقا لقانون الأحوال الشخصية .

١٨١ - المصلحة :

تعتبر المصلحة بشروط معينة مانعا من موانع الأهلية في القانون المصري، فقد يكون الشخص كامل الأهلية ، ولكنه يكون عاجزا عن التعبير عن ارادته لعلل جسمية ، فتعين له المحكمة مساعدا قضائيا : ١ - إذا اجتمعت فيه عاهتان من عاهات ثلاث وهي العمى والبكم والصمم . ٢ - أو اذا كان يغشى من انفرادة بالتصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد كالشلل

التصني مثلا (م ١١٧ مدني و م ٧٠ من قانون الولاية على المال) واذا تصرف الشخص بعد تسجيل قرار المساعدة كان تصرفه قابلا للإبطال (١) .

الفرع الثاني

الشخص المعنوي او الاعتباري

١٨٢ - الحاجة الى الشخصية المعنوية :

رأينا أن الشخصية تثبت للانسان من وقت ولادته ، فالانسان هو الشخص في نظر القانون ، غير أنه ليس بالشخص الوحيد ، بل يوجد بجانبه ما يسمى بالشخص المعنوي أو الشخص الاعتباري (La personne morale)

ذلك أن الانسان أي الشخص الطبيعي عاجز لضعف قواه ، وقلة موارده ، وقصر عمره ، عن تحقيق الأغراض الاجتماعية الكبرى التي تتطلب مجهودا كبيرا ، ومالا وفيرا ، ووقتا طويلا ، بل هو مضطر الى ضم نشاطه الى نشاط غيره ليكون من مجموعها قوة لا يجري اليها القضاء بسرعة ، تستطيع الاضطلاع بأعباء تقال من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية . فالحاجة هي التي دفعت الانسان الى اسناد جهوده الى جهود غيره وانشاء جماعات

(١) لا يعتبر المساعد القضائي نائباً عن تقرر مساعدته الا في حالة واحدة ، وهي الحالة التي ذكرتها الفقرة الاخيرة من المادة ٧١ من قانون الولاية على المال من أنه « اذا كان عدم قيام الشخص الذي تقرر مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض امواله للخطر : جاز للمساعد رفع الامر للمحكمة ، ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد باجراء هذا التصرف » ، اذ في هذه الحالة فقط ينمقد التصرف بإرادة المساعد القضائي الذي يعتبر في حكم القيم ، أما في غير ذلك من الحالات فينمقد التصرف بإرادة صاحب الشأن ويقتصر دور المساعد القضائي على ترجمة هذه الإرادة .

ومن له أغراضه العلمية أو الرياضية أو الفنية أو الاقتصادية والمالية ،
هذه الجماعات قائمة وعلى المشرع أن ينظمها ، أو يعترف بوجودها ، وهو
ما فعله المشرع المصري في المواد ٥٢ الى ٨٠ من التقنين المدني (١) .

١٨٢ - التعريف بالشخص المعنوي :

الشخص المعنوي أو الاعتباري هو كل مجبوعة من الأشخاص أو
الأموال . تقوى لتحقيق غرض معين ، وينحها القانون الشخصية لتحقيق
ذلك .

والشخص المعنوي كما هو ظاهر من هذا التعريف اما أن يكون
مجبوعة أشخاص كالدولة والجمعية والشركة ، واما مجبوعة أموال
كالمؤسسات . والمؤسسة هي رصد مال بغية تحقيق ورعاية غرض معين ،
كرصد مال لانشاء مستشفى أو مدرسة مثلا ، أي أن العبرة في المؤسسة
بالغرض والمال المحبوس على تحقيقه .

١٨٤ - تقسيم :

سنتناول في دراستنا للشخص المعنوي الكلام في : ١ - مدى

(١) بجانب احكام التقنين المدني ، توجد في مصر تشريعات خاصة
تناولت بالتنظيم بعض انواع الشخص المعنوي ، كالقانون رقم ٣٢ لسنة
١٩٦٤ الخاص بالجمعيات والمؤسسات الخاصة .

اما في القانون اللبناني فلا توجد نظرية عامة للشخص الاعتباري كما في
القانون المصري ، ولكن توجد بعض القوانين المتعلقة ببعض انواع الشخص
الاعتباري ، من ذلك قانون الجمعية العماني في ٢٩ رجب ١٣٢٧ و ٣ اغسطس
سنة ١٩٠٩ ، وقانون الجمعيات التعاونية الزراعية في ١٨ آب سنة ١٩٦٤ ،
هذا بجانب التنظيم القانوني للشركات .

الشخصية المعنوية ٢٠ - ابتداء وانتهاء الشخصية المعنوية ٣٠ - أنواع
الشخص المعنوي ٤٠ مظاهر الشخصية المعنوية ٥

المبحث الأول

مدى الشخصية المعنوية

١٨٥ - اهلية وجوب الشخص المعنوي :

إذا كان الشخص الاعتباري يتساوى مع الشخص الطبيعي في مبدأ
الشخصية أي في مبدأ الصلاحية لاكتساب الحق وتعمل الواجب ، إلا أنه
نظرا لاختلاف طبيعة كل منهما فإن مدى أهلية الوجوب المقررة للشخص
الاعتباري أضيق نطاقا من أهلية الوجوب المقررة للشخص الطبيعي، ويرجع
ذلك الى عاملين هما : طبيعة تكوين الشخص الاعتباري من ناحية ، وخضوع
الشخص الاعتباري لمبدأ التخصص من ناحية أخرى .

فأما عن طبيعة تكوين الشخص المعنوي، فإنه باعتباره مجموعة من
الأشخاص أو الأموال ، لا يتصور أن تثبت له الحقوق والالتزامات الملازمة
لصفة الإنسان الطبيعية ، وهو ما قرره المادة ٥٣ مدني بقولها « الشخص
الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان
الطبيعية ، وذلك في الحدود التي قررها القانون » .

وعلى هذا النحو لا يتصور أن تثبت له حقوق الأسرة وما يتفرع عنها
ولو كان ذلك حقا ماليا كحق الارث . كما لا تثبت له الحقوق والواجبات
التي تستند الى الكيان الجسدي ، كالحق في سلامة الجسم أو في أداء
الخدمة العسكرية . أما الحقوق المتصلة بالكيان الأدبي فإن طبيعته لا
تستعصي عليها ، لأن له الحق في الاسم وفي السمعة -

أما الحقوق السياسية ، وقوامها الحق في المشاركة في الحكم ، فيرى البعض قصرها على الانسان الطبيعي لأنها حقوق ملازمة للصفة الانسانية. ولكن الرأي الغالب يذهب الى أنه ليس في طبيعة هذه الحقوق ما يحتم قصرها على الانسان ، بل انه من المتصور أن تتم المشاركة في الحكم من جانب بعض انواع الشخص المعنوي (١) .

وأما عن مبدأ التخصص ، فانه اذا كان الشخص الطبيعي يستطيع أن يوجه نشاطه أية وجه يريد ما دام لا يخرج عن النظام العام والآداب ، وثبت له بالتالي الصلاحية لكسب الحقوق وتحمل الواجبات عامة دون تحديد . فان الشخص المعنوي يخضع لمبدأ التخصص لأنه ما قام الا لتحقيق غرض معين ، ولذا لا يكون صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات الا بالقدر اللازمة لتحقيق هذا الغرض .

وتخصص الشخص المعنوي يتحدد بما يبينه سند انشائه ، أو بما يقرره القانون ، وقد نصت على ذلك المادة ٥٣/٢ ب مدني بقولها أن للشخص الاعتباري « أهلية في الحدود التي يعينها سند انشائه ، أو التي يقررها القانون » .

فالجمعية تتخصص قانونا بمدم السعي للحصول على ربح مادي ، ثم تتخصص في سند انشائها بفرض أكثر تحديدا كاحياء تراث وطني ما . وطبيعي أن يكون للشخص المعنوي حق التقاضي لحماية هذا الغرض (٢/٥٣ ج مدني) .

(١) راجع حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ٢٦٥ ، عبد النعم الصده ، المرجع السابق ، بند ٢٣١ .

المبحث الثاني

ابتداء وانتهاء الشخصية المعنوية

١٨٦ - بدء الشخصية المعنوية :

يتوقف اكتساب الشخصية المعنوية على اعتراف الشارع بها . وبديهي أنه يسبق هذا الاعتراف أن يتم تكوين الشخص المعنوي وفقا للشروط التي يتطلبها القانون .

والاعتراف بالشخص المعنوي قد يكون اعترافا عاما وقد يكون اعترافا خاصا .

والأصل في القانون المصري - وكذلك في القانون اللبناني (١) - هو الاعتراف العام ، ويتحقق هذا الاعتراف العام بأن يضع المشرع مسبقا شروطا عامة اذا تحققت في جماعة من الاشخاص أو مجموعة من الاموال اكتسبت هذه الجماعة أو هذه المجموعة الشخصية الاعتبارية بقوة القانون دون حاجة الى اذن خاص بذلك . وهذا ما قرره المادة ٠ من التقنين المدني بالنسبة للجمعيات ، والشركات التجارية والمدنية ، والأوقاف والمؤسسات . . الخ .

أما الاعتراف الخاص - وهو الاستثناء في القانونين المصري واللبناني - فيتطلب لاكتساب الشخصية المعنوية صدور اذن خاص

(١) راجع المادة ٢ من قانون الجمعيات العمومية ، والمادة ٧ من قانون الجمعيات التعاونية . وانظر تعداد الأشخاص الاعتبارية في قانون تصرف الأشخاص المعنويين بالأموال غير المنقولة الصادر بتاريخ ٢٢ ربيع الأول سنة ١٣٣١ هـ .

بذلك ، بالنسبة الى كل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الاموال على حدة ، اذا كانت هذه الجماعة أو هذه المجموعة لا تدخل تحت صورة من الصور التي ذكرها القانون ، وهذا هو ما عنته المادة ٥٢/٦ مدني بقولها « كل مجموعة من الأشخاص أو الاموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون » . ومن الأمثلة على ذلك الاعتراف للجنة العليا للإصلاح الزراعي في مصر بالشخصية المعنوية في قانون خاص .

١٨٧ - انتهاء الشخصية المعنوية :

تنتهي الشخصية المعنوية بأسباب مختلفة : فقد تنتهي بانقضاء الأجل المحدد للشخص الاعتباري في سند انشائه ، وقد تنتهي بتحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله ، أو اذا أصبح تحقيق هذا الغرض مستحيلا ، وقد تنتهي بموت كل من الأفراد أعضاء الشخص الاعتباري اذا كان جماعة من الأشخاص أو بافراض كل المتقاعين بالغرض منه اذا كان مجموعة من الأموال ، وقد تنتهي اذا نزل عدد أعضائه عن الحد الأدنى الواجب توافره (١) .

وقد ينقضي الشخص المعنوي انقضاء اختياريا ، اذا كان جماعة من الأشخاص ، وأتفق جميع الاعضاء على حله ، أو قررت ذلك الاغلبية التي يتطلبها القانون لحله .

(١) لا يجوز في القانون المصري ان يقل عدد الشركاء في شركات المساهمة عن سبعة . ولا يجوز ان يقل عدد أعضاء الجمعية ، اذا كانوا اشخاصا طبيعيين ، عن عشرة (المادة الاولى من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

لا يجوز في القانون اللبناني ان يقل عدد المؤسسين للشركة المغفلة (المساهمة) عن ثلاثة (م ٧٩ تجاري) ، ولا ان يقل عدد أعضاء الجمعية التعاونية عن عشرة (م ١٠ من قانون الجمعيات التعاونية لسنة ١٩٦٤) .

وأخيرا قد ينقضي الشخص المعنوي انقضاء اجباريا من قبل السلطة التشريعية اذا قررت إلغاء طائفة من طوائف الشخص المعنوي بصفة عامة ، أو بإلغاء شخص معنوي معين اكتسب شخصيته عن طريقها . وقد يكون الانقضاء الاجباري بحكم من القضاء اذا خالف الشخص المعنوي القانون أو النظام العام والآداب ، أو بقيام السلطة التنفيذية أو الادارية بسحب الترخيص الذي أكسبه الشخصية في الأحوال التي يعينها القانون (١) .

وإذا انقضى الشخص المعنوي وجب تصفية ذمته المالية ، فتسدد ديونه من أمواله ، ويوزع الباقي منها طبقا لما يقرره سند انشائه ، أو طبقا لما يقضي به قرار الحل . وقد تقتضي تصفية ذمته المالية ، الإبقاء على شخصيته طوال فترة التصفية وبالتقدر اللازم لانتمائها .

المبحث الثالث

انواع الشخص المعنوي

١٨٨ - تقسيم الشخص المعنوي الى عام وخاص :

تنقسم الأشخاص المعنوية الى قسمين : أشخاص عامة ، تخضع بالتالي لأحكام القانون العام ، وأشخاص خاصة ، تخضع بالتالي لأحكام القانون الخاص .

ونظرا لقيام الدولة في الوقت الحاضر بنشاطات مشابهة لنشاطات الأفراد ، فإن التفرقة بين هذين النوعين من الأشخاص الاعتبارية لم تعد

(١) راجع المادة ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة في مصر .
وراجع المادتين ١٢ و ١٤ من قانون الجمعيات العمومية ، والمادة ٤٩ من قانون الجمعيات التعاونية لسنة ١٩٦٤ .

ميسورة ، بل هي تلقى في كثير من الأحيان • ومن المعايير التي يقترحها الفقهاء للترقية بينهما الاعتراد بالعرض من انشاء الشخص المعنوي ، والامتيازات التي يتمتع بها ازاء اعضائه وازاء الغير ، وما اذا كانت الدولة هي التي أنشأته ، وتمتع الادارة بالاشراف عليه • وكل من هذه المعايير يكمل بعضها البعض في التعرف على نوع الشخص الاعتباري •

١٨٩ - الأشخاص المعنوية العامة :

في طليعة الأشخاص المعنوية العامة نجد الدولة ، فالدولة شخص معنوي ، بل هي أقدم الأشخاص المعنوية ، وهي تكتسب شخصيتها من اعتراف الدول بها •

وبجانب الدولة توجد سلطات محلية هي المحافظات والمدن والقرى (وفي القانون اللبناني توجد البلديات) ^(١) •

وأخيرا توجد المنشآت أو المؤسسات العامة (الدوائر العمومية اللامركزية في القانون اللبناني) ، وهي تقوم بنشاط عام أو بمرق عام ، وتستع في ادارته بنوع من الاستقلال الذاتي عن الدولة أو الأشخاص العامة المحلية • والى هذا أشارت المادة ٥٢ من التقنين المدني بقولها « الأشخاص الاعتبارية هي : ١ - الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية » •

١٩٠ - الأشخاص المعنوية الخاصة :

تنقسم الأشخاص المعنوية الخاصة الى قسمين : جماعات الأشخاص ، ومجموعات الأموال • •

(١) لم يعترف المشرع اللبناني للمحافظات والأفضية بالشخصية المعنوية •

وجماعات الأشخاص تتكون من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين ، وهي تشمل الشركات والجمعيات •

والشركة ، عقد بين طائفة من الأشخاص ، بمقتضاه يضع كل مسن المتعاقدين حصة من المال أو عمل بنية تحقيق ربح مادي واقتسامه ، أي أن الشركة جماعة من الأشخاص تسعى الى غاية مادية • والشركة قد تكون شركة مدنية وقد تكون شركة تجارية •

أما الجمعية فهي جماعة من الأشخاص تقوم لتحقيق غرض معين غير الربح المادي ، فهي تشبه الشركة في أنها تقوم على جماعة من الأشخاص ، ولكن تختلف عنها في أنها لا تسعى الى كسب مادي بل الى غرض خيري أو رياضي أو ديني ... الخ •

أما مجموعات الأموال فهي حبس مال ذي ربح على تحقيق ورعاية غرض معين ، ومثالها الوقت وهو نظام مستمد من الشريعة الاسلامية ، والمؤسسات الخاصة •

والمؤسسة الخاصة هي تخصيص مال لمدة غير معينة ، لعمل ذي صفة انسانية أو دينية أو علمية أو رياضية أو فنية أو لأي عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون قصد الى ربح مادي (م ٦٩ من القانون المصري رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة) •

المبحث الرابع

مظاهر الشخصية المعنوية

١٩١ - بيان هذه المظاهر :

يتميز الشخص المعنوي بمميزات الشخص الطبيعي من حيث الاسم

والموطن والحالة ، كما يتميز بوجود ذمة مالية خاصة به مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين له .

١٩٢ - الاسم :

للشخص الاعتباري كالشخص الطبيعي اسم يعرف به ، ويميزه عن غيره من الأشخاص ، ويجب أن ينص على هذا الاسم في سند انشائه ، وهو يستمد عادة من الغرض الذي يسعى اليه ^(١) .

وقد يكون اسم الشخص الاعتباري اسما تجاريا . وفي هذه الحالة يجوز له التصرف فيه باعتبار أحد عناصر المحل التجاري .

ولا يجوز الاعتداء على اسم الشخص المعنوي ، وان وقع مثل هذا الاعتداء . كان له الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه .

١٩٣ - الوطن :

للشخص المعنوي موطن خاص به مستقل عن موطن أعضائه أو منشئه . ويتحدد موطنه بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته (م ٥٣/٢ مدني) ، ويتحدد مركز إدارة الشخص المعنوي عادة في نظامه الأساسي . وإذا كان للشخص المعنوي فروع متعددة في أماكن مختلفة ، فيعتبر المكان الذي يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطنًا خاصًا بالأعمال المتعلقة بهذا الفرع ^(٢) .

(١) راجع المادتين ٣ و ٧٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر في مصر في سنة ١٩٦٤ ، والمادة ١/٦ من قانون الجمعيات العمومية .
(٢) تنص المادة ٥٢ من قانون المرافعات المصرية على أنه « يجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع » .

وتنص المادة ٩٢ من أصول المحاكمات المدنية اللبنانية بأن « الأشخاص المعنويين الذين لهم عدة فروع يحسبون كأن لهم مقاما مختارا في كل فرع منها فيما يختص بالمعاملات التي أجرتها تلك الفروع مع شخص ثالث » .

١٩٤ - الحالة :

طبيعي أن الشخص الاعتباري لا يتسبب الى أسرة معينة ولا الى دين معين ، وهو في هذا يفرق عن الشخص الطبيعي .

ولكن الشخص المنوي يتسبب الى دولة معينة أي يتمتع بجنسية دولة معينة ، وهذه الجنسية مستقلة عن جنسية أعضائه . فمثلا الجمعيات والمؤسسات الخاصة تعتبر مصرية اذا أنشأت طبقا للقانون واتخذت مركزها في مصر .

١٩٥ - اللمة :

للشخص الاعتباري ذمة خاصة به ، مستقلة عن ذمة الأشخاص المكونين له . وينبغي على ذلك أنه لا يجوز لدائني هؤلاء الأشخاص الرجوع بديونهم على الشخص الاعتباري ، كما أنه ليس لدائني الشخص الاعتباري الرجوع على الأموال الخاصة لهؤلاء الأشخاص .

الفصل الثاني

محل الحق

١٦٩ - تمهيد :

الحق في نطاق المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية ، يقرها القانون للشخص . ويتعين علينا في كلامنا في الحق أن نفرق بين مضمون الحق ومحل الحق ، منعا للخلط بينهما .

فمضمون الحق هو السلطات التي يخولها الحق لصاحبه ، في حين أن محل الحق هو ما يرد عليه الحق - بهذا المضمون - سواء كان شيئاً أو عملاً .

فالحق العيني يرد على شيء مادي ، لأنه سلطة لشخص معين على شيء معين كالملكية . والحق الذهني يرد على شيء غير مادي ، هو الخلق أو النتاج الذهني لصاحبه .

والحق الشخصي يرد على عمل إيجابي أو سلبي ، لأن هذا الحق - كما سبق أن ذكرنا - رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

وعلى هذا النحو ستتكمّل في محل الحق : أولا في الأعمال • ثانيا في الأشياء •

الفرع الأول

الأعمال

١٩٧ - شروط العمل بوصفه محلا للحق :

رأينا أن محل الحق الشخصي هو القيام بعمل ، سواء كان عملا ايجابيا أم عملا سلبيا ، وهذا العمل يجب أن تتوافر فيه شروط معينة هي : أولا - الامكان • ثانيا - التمين • ثالثا - المشروعية (١) •

١٩٨ - شرط الامكان :

يجب أن يكون العمل محل الحق ممكنا • والامكان تقابله الاستحالة ، فإذا كان المحل مستحيلا في ذاته فلا يقوم الالتزام ، لأن القاعدة : لا التزام بمستحيل • والمقصود بالاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة أي الموضوعية : لا الاستحالة النسبية أي الشخصية •

والاستحالة تكون مطلقة اذا كان المحل مستحيلا في ذاته ، كالتعهد برفع استئناف عن حكم بعد فوات الميعاد • وهي تكون نسبية اذا كان المحل مستحيلا على بعض الأشخاص دون البعض الآخر ، كتعهد شخص برسم صورة زيتية وهو يجعل هذا الفن •

واذا كان المحل اعطاء شيء أي نقل حق عيني على شيء وجب أن يكون

(١) راجع المواد ١٣١-١٣٥ مدني : والمواد ١٨٨ وما بعدها موجبات.

هذا الشيء موجودا أو محتل الوجود وفقا لقصد المتعاقدين، لأن المتعاقدين قد يقصدا التعامل في شيء موجود فعلا وقت التعاقد، وقد يقصدا التعامل في شيء محتل الوجود ، كتمهّد صاحب مصنع ببيع منتجات مصنعه في فترة مستقبله .

١٩٩ - شرط التعيين :

إذا كان محل الحق هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، وجب أن يكون هذا العمل معينا أو قابلا للتعيين وفق ظروف العقد . فإذا تمهّد مقالول ببناء منزل وجب تحديد هذا البناء وذكر مواصفاته ، أو على الأقل أن يكون تحديد البناء ممكنا بالنظر الى ملابسات العقد ، كما لو كان سيشتد في المدينة أو القرية ، للسكنى أو الاستغلال ... الخ .

وإذا كان المحل اعطاء شيء ، وجب أن يكون هذا الشيء معينا أو قابلا للتعيين ، وكيفية تعيين الشيء تختلف باختلاف ما إذا كان من القيميات أو من المثليات .

فإذا كان من القيميات وجب تعيينه تعيينا يميزه عن غيره ، فالأرض مثلا تعين بموقعها وحدودها ومساحتها ، والجوّد بجنسه ومنه ولونه ومميزاته ... الخ .

وإذا كان من المثليات فيعين بجنسه ونوعه ومقداره ، كأن أبيعك مائة قنطار من القطن الأشموني .

٢٠٠ - شرط الشروعية :

يجب أن يكون المحل مشروعا أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب . ومن الأمثلة على العمل غير المشروع : الالتزام بارتكاب جريمة معينة ، أو

مدفع مبلغ من المال مقابل قيام علاقة جنسية غير مشروعة ، أو بيع كمية من المخدرات •

الفرع الثاني

الأشياء

٢٠١ - التمييز بين الأموال والأشياء :

يجب أن تفرق بين الأموال والأشياء • فالمال هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان هذا الحق ، أي سواء أكان حقا عينيا أم حقا شخصيا أم حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية الخ • أما الشيء فهو محل ذلك الحق •

وستناول في بحثنا للأشياء ، الكلام : أولا في الأشياء التي تصلح محلا للحق أي الأشياء القابلة للتعامل فيها ، وثانيا في تقسيمات الأشياء •

المبحث الأول

الأشياء القابلة للتعامل فيها ١

٢٠٢ - الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها :

تناولت المادة ٨١ مدني الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها فنصت على أن « ١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية • ٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية » • وظاهر من هذا النص أن الشيء يخرج عن التعامل بحسب طبيعته أو بحكم القانون •

٢٠٣ - الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها :

الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي ينتفع بها جميع الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر ، كأشعة الشمس والهواء والبحار ، ولذلك عرفها المشرع المصري بأنها الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها .

والأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها هي في الواقع أشياء مستحيلة ، فإذا زالت هذه الاستحالة أمكن التعامل فيها ، وهو ما يقع بالنسبة للهواء أو الماء بعد حصره وإحرازه .

ويجب أن نفرق بين الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها والأشياء المباحة ، لأن الأولى لا تقبل التملك ، على حين أن الثانية تقبل التملك وإن كان لا مالك لها ، ومثالها الطير في الهواء والسماك في البحر .

٢٠٤ - الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون :

بعض الأشياء تقبل التعامل فيها بطبيعتها ، ولكن لما كان هذا التعامل يعطل الغرض الذي خصصت له أخرجها القانون من نطاق الأشياء الجائز التعامل فيها ، ومثالها الأموال العامة ، فهذه الأموال مخصصة لمنفعة عامة ، ولذا لا يجوز التعامل فيها . غير أن عدم القابلية للتعامل بالنسبة لها لا تتناول سائر التصرفات ، ذلك أنه إذا كان من غير الجائز بيع أو رهن المال العام لأن ذلك يخرج به عن الغرض المخصص له ، إلا أنه من الجائز تأجيرها ، وهو ما يحصل بالنسبة لشغل جزء من الطريق العام مثلا .

كذلك قد يقرر المشرع في نصوص خاصة عدم جواز التعامل في بعض

الأشياء كالمخدرات ، وأوراق النقد المزفة ، والأشربة والماكولات المغنوشة ، والرقيق ... وجميع هذه النصوص قد جاءت تطبيقاً لفكرة عامة هي حماية النظام العام والآداب (م ١٣٥ مدني و ١٩٢ موجبات) .

المبحث الثاني

تقسيمات الأشياء

٢٠٥ - الأشياء المادية :

تناول التقنين المدني المصري تقسيم الأشياء المادية ، فذكر منها تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات ، وتقسيمها الى قابلة وغير قابلة للاستهلاك ، وتقسيمها الى أشياء مثلية وأشياء قيمة .

وبجانب الأشياء المادية توجد الأشياء غير المادية أي المعنوية ، وقد سبق أن درسنا الحق المعنوي .

الطلب الأول

العقارات والمنقولات

٢٠٦ - أساس التفرقة بين العقار والمنقول :

العقار هو كل شيء مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله دون تلف ، وينطبق هذا التعريف على كل شيء حائز لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقه بصنع صانع . ولا يعتبر الشيء ذو مستقر ثابت الا اذا كان لا يمكن نقله دون تلف ، وهو ما نصت عليه المادة ١/٨٢ مدني بقولها « كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار » ، وما أشارت اليه المادة الثانية من قانون الملكية العقارية اللبناني بقولها « العقارات بطبيعتها هي الأشياء التي يكون لها ، بالنظر الى جوهرها ، موقع ثابت غير متقل » .

أما المنقول فلم يعرفه المشرع المصري ، بل اكتفى بعد تعريف العقار بالقول « وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » .

وهذا التقسيم المبني على طبيعة الأشياء لم يأخذ به المشرع دائما ، بل اعتبر بعض العقارات بطبيعتها كالمحصولات قبل نضوجها منقولات ، كما اعتبر بعض المنقولات كالماشية المملوكة لصاحب الأرض والمخصصة لخدمتها عقارات وسماها عقارات بالتخصيص .

٢٠٧ - أهمية تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات :

لتقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات أهمية عملية لأن بعض الأحكام القانونية تختلف باختلاف ما اذا كان الشيء عقارا أم منقولا ، وهذا الاختلاف وان كان طبيعيا في بعض الحالات الا انه تحكيميا في حالات أخرى ، تأثر فيها المشرع بالفكرة القديمة التي كانت تعتبر العقارات عماد الثروة ، وأن المنقولات أشياء تافهة ، وهو ما لا يتفق مع الأوضاع الاقتصادية الآن .

ومن الأمثلة على اختلاف الأحكام باختلاف طبيعة الشيء ما يأتي :

١ - أن الملكية لا تنتقل بالنسبة للعقارات الا اذا أشهر العقد بأن سجل ، أما المنقولات وليس لها مقر ثابت ، فلا داعي لشهر التصرف المتعلق بها لكي تنتقل الملكية .

٢ - أن حيازة العقار متميزة عن ملكيته ، اذ ليس من الضروري أن أكون مالكا للدار لمجرد أنني أسكنها ، أما بالنسبة الى المنقول فالحيازة مرتبطة بالملكية ، ولذا كانت القاعدة المعروفة وهي « الحيازة في المنقول سند الملكية » (راجع المادة ٩٧٦/١ مدني والمادة ٣٠٧ أصول محاكمات لبناني) .

٣ - اذا ثار نزاع متعلق بمقار فيكون نظر هذا النزاع من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها المقار ، أما المنقول وليس له مكان ثابت ، فتختص بنظر النزاع المتعلق به المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩ و ٥٠ مرافعات مصري و م ٨٩ و ٩٠ و ٩١ أصول محاكمات لبناني) .

٤ - أن بعض الحقوق لا ترد الا على العقار كالرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الارتفاق والتأمين في القانون اللبناني .

هذه بعض الفروق في الأحكام المترتبة على تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات ^(١) ، وسنبعث الآن في كل من هذين القسمين .

١ - العقارات

٢٠٨ - الأصل والاستثناء :

رأينا أن المقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف ، وهذا هو المقار بالطبيعة ، غير أنه استثناء من هذا الأصل تعتبر بعض المنقولات المخصصة لخدمة المقار بالطبيعة ، عقارا ، وهذا هو المقار بالتخصيص .

٢٠٩ - العقار بالطبيعة :

وفقا لتعريف المقار بأنه كل شيء مستقر ثابت لا يمكن نقله دون تلف يعتبر عقارا بالطبيعة (Immeuble par nature) ما يأتي :

١ - الأرض : فهي عقار ثابت بطبيعته حائز لصفة الاستقرار من أصل

(١) هناك فروق أخرى بين الأحكام المتعلقة بالعقارات وتلك المتعلقة بالمنقولات ، من ذلك الأحكام الخاصة بالتنفيذ على أموال المدين ، والأحكام الخاصة بدعوى تكملة أئمن للغبين ، والأحكام الخاصة بقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص ... الخ .

خلقته • والأرض تشمل كل ما تحت سطحها وما في جوفها من مناجم ومحاجر ، فهذه جميعا تعتبر عقارات بالطبيعة • وبديهي أنه اذا كان المنجم أو الحجر يعتبر عقارا ، الا أن ما يستخرج منه من معادن أو أحجار فيعتبر من المنقولات بمجرد فصلها عنه •

٢ - الأبنية : تعتبر الأبنية باتصالها بالأرض عقارا ، وهي حائزة لصفة الاستقرار بصنع صانع • ولفظ الأبنية ينصرف الى دور السكنى والمخازن والمعامل ... الخ ، كما ينصرف الى أي منشأة فنية كالقناطر والخزانات والجسور والأفاق • ولفظ بناء ينصرف الى جميع أجزائه التي لا يتم الا بها كالأبواب والشبابيك والمصاعد •

٣ - النباتات : تعتبر الأشجار والنباتات عقارات بالطبيعة اذا اتصلت بالأرض اتصالا مباشرا ، أي امتدت جذورها في الأرض ، وعلى ذلك تعتبر منقولات النباتات التي تنمو في الأوعية والقضاري ، ولو دفنت الأوعية في الأرض •

٢١٠ - العقار بالتخصيص :

تنص المادة ٨٢/٢ مدني على أنه «ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » • وتقضي المادة ١/٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني أن « العقارات بتخصيصها هي أشياء قد تعتبر بذاتها منقولات ، انما هي من متمات عقار بطبيعته ، شرط : ١ - أن تكون والعقار بطبيعته لمالك واحد • ٢ - أن تكون مخصصة لاستثمار العقار أو بوجه عام لخدمة لعقار التي تكون هذه الأشياء من متماته » •

ظاهر من هاتين المادتين أنه يتعين لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص (immeuble par destination) توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يوضع منقول بطبيعته في عقار بطبيعته سواء كان هذا العقار أرضاً أو بناء .

الشرط الثاني :

أن يوضع المنقول في العقار بمعرفة مالك العقار نفسه أو من ينوب عنه كالوكيل مثلاً ، وعلى ذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات التي يضعها مستأجر الأرض لاستغلالها .

الشرط الثالث :

أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد ، وعلى ذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات المسلمة لمالك العقار على سبيل عارية الاستعمال مثلاً . والحكمة من ذلك كما سنرى أن الغرض من فكرة التخصيص هي إخضاع المنقول لأحكام العقار تأمينا لاستغلاله .

الشرط الرابع :

أن يخصص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله لا لفائدة صاحب العقار . فالسيارة المخصصة لنقل منتجات المصنع تعتبر عقارا بالتخصيص ، أما سيارة صاحب المصنع فتعتبر منقولا ، لأنها ليست مخصصة لخدمة المصنع أو استغلاله .

ومن قبيل العقارات بالتخصيص في مجال الاستغلال الزراعي ، الماشية المخصصة لخدمة الأرض ، أما المعدة لركوب المالك فلا تعتبر عقارا بالتخصيص .

ومن قبيل العقارات بالتخصيص في مجال الاستغلال الصناعي آلات المصانع سواء كانت تدار بالقوى المحركة أو باليد .

وفي مجال الاستغلال التجاري ، مفروشات الفنادق وأدوات المطاعم ،
ومهمات المسارح من ستائر ومناظر ومقاعد .

كذلك تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات الموضوعة في أماكن
العبادة ، وتلك الموضوعة في المدارس والمستشفيات كالأسرة والعقاقير
والأدوية والمكاتب ... الخ .

٢١١ - علة اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص :

الحكمة من وضع المنقول في العقار هو خدمة العقار واستغلاله ،
ولضمان ذلك افترض المشرع أن المنقول عقار ، وأطلق عليه اسم العقار
بالتخصيص حتى يخضع لأحكام العقار من حيث الحجز ، فلا يجوز الحجز
عليه حجز منقول مستقلا عن العقار الذي خصص لخدمته أو استغلاله ، كما
أن التنفيذ على العقار يشمل ولو لم يذكر ذلك في تنبيه نزع الملكية ،
كذلك فإن التصرف في العقار بالطبيعة يشمل العقار بالتخصيص ، فيبيع
الأرض الزراعية يشمل السواقي أو ماكينات الري مثلا .

٢ - المنقولات

٢١٢ - الأصل والاستثناء :

لم يعرف المشرع المنقول كما سبق أن ذكرنا ، بل اكتفى بعد تعريف
العقار بالقول أن كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول (م ٨٢ / ١ مدني) .
غير أنه بجانب الأشياء التي تعد منقولات بطبيعتها ، تعتبر بعض العقارات
على سبيل الاستثناء منقولات بحسب ما سيصير اليه أمرها ، وتسمى
منقولات بحسب المال .

٢١٣ - المنقول بالطبيعة :

المنقول بالطبيعة (meuble par nature) هو كل شيء مادي يمكن

نقله من مكان الى آخر دون تلف ، كالحوان ، والعربة ، والسفينة .
والطائرة ، والبضائع ومواد البناء قبل استعمالها في التشييد .

كذلك يعتبر من قبيل المنقولات جميع الأشياء المعنوية ، لأنه لا يتصور
بالنسبة لها الاستقرار والثبات . من ذلك حق المؤلف .

٢١٤ - المنقول بحسب المال :

المنقول بحسب المال (meuble par anticipation) هو عقار بالطبيعة ،
ولكن القانون يعتبره منقولاً باعتبار ما سيؤول اليه ، ومن الأمثلة على
ذلك المباني المعدة للهدم ، والأشجار المعدة للقطع ، والمحصولات والثمار
الزراعية قبل نضجها .

والحكمة من هذا الافتراض القانوني هو أن تسري على هذه الأشياء
أحكام المنقول لا أحكام العقار ، فيما يتعلق بالتنفيذ والتصرف ، باعتبار
أن مصيرها هو أن تصبح من المنقولات .

ولم يضع المشرع نظرية عامة في شأن المنقول بحسب المال ، ولكنه
في بعض نصوص القانون عامل بعض العقارات معاملة المنقولات باعتبار
أنها معدة للانفصال عن أصلها الثابت المستقر . من ذلك أن القانون المصري
واللبناني ينصان على اتباع إجراءات حجز المنقول بالنسبة للثمار المتصلة
والزرروعات القائمة ، على أن يوقع هذا الحجز خلال الخمسة والأربعين
يوماً السابقة على نضجها في القانون المصري ، وخلال الستة أسابيع التي
تتقدم موعد النضج في القانون اللبناني .

وقد استخلص الفقه والقضاء من النصوص القانونية التي وردت
في شأن المنقول بحسب المال ، نظرية عامة قوامها أن بعض العقارات

تعتبر منقولات بحسب المال اذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى ذلك ، وكان المصير الحق في نظرها للمقار بالطبيعة أن يتحول الى منقول بالطبيعة .

المطلب الثاني

الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك

٢١٥ - أساس التفرقة :

الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي تستهلك بمجرد استعمالها ، وقد عرفها المشرع المصري في المادة ٨٤/١ مدني بقوله « الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له ، في استهلاكها أو إهلاكها » . والاستهلاك قد يكون ماديا كاستهلاك الطعام ، وقد يكون قانونيا بخروج الشيء من ذمة صاحبه ، كاستهلاك النقود ، وقد أورد المشرع المصري تطبيقا لهذا الاستهلاك القانوني في الفقرة الثانية من المادة ٨٤ بقوله « فيعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع » ومعنى ذلك أن ما يعد في المحال التجارية للبيع كالكتب والملابس وغيرها ، وإن كان أصلا من الأشياء غير القابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال ، إلا أنه بعرضها للبيع تعتبر من الأشياء القابلة للاستهلاك قانونا أي حكما .

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك ، فهي الأشياء المدة بطبيعتها للاستعمال المتكرر ، ولا ينزع عنها هذه الصفة نقص قيمتها أو هلاكها مع مرور الزمن ، كالملابس والمفروشات والعقارات .

٢١٦ - فائدة التفرقة :

تظهر فائدة تقسيم الأشياء الى أشياء قابلة للاستهلاك (Choses consommables) وأشياء غير قابلة للاستهلاك (Choses non consommables) في أن بعض الحقوق كحق الانتفاع ، وحق

الاستعمال وحق السكنى ، وحق الارتفاق ، لا يتصور ورودها الا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك ، لأن المنتفع مثلا ملزم برد الشيء بعينه الى المالك عند انقضاء حق الانتفاع ، وهذا لا يتأتى الا اذا كان الشيء غير قابل للاستهلاك .

كذلك تستبين فائدة هذا التقسيم في أن بعض العقود لا يمكن أن ترد الا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال ، كالايجار وعارية الاستعمال .

المطلب الثالث

الأشياء المثلية والأشياء القيمة

٢١٧ - اساس التفرقة :

عرفت المادة ٨٥ مدني الأشياء المثلية بقولها « الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن » .

فالأشياء المثلية هي عادة المقدرات أي الموزونات كالقطن من نوع معين ، أو المكيلات كالقمح من نوع معين ، أو المقيسات كالقماش من نوع معين ، أو المعدودات كقطع النقد أو الأوراق المصرفية التي من نوع واحد .

أما الأشياء القيمة فهي التي يقوم بها وصف خاص بحيث لا يمكن أن يحل غيرها محلها في الوفاء كالمقارات من أراضي ومنازل ، والحيوانات ... الخ . ويعرف فقهاء الشرع الاسلامي الأشياء القيمة بأنها ما تفاوتت آحادها تفاوتاً يعتد به .

والعبرة في وصف الشيء بأنه شيء مثلي أو شيء قيمي ، هو في مكنه قيام شيء آخر من جنسه ونوعه ومقداره مقامه في الوفاء بحسب قصد المتعاقدين ، أم عدم امكان ذلك . فقد تنج ارادة المتعاقدين الى اعتبار شيء مثلي شيئا قيميا أو العكس . كما في حالة اعارة كتاب للاطلاع عليه ورده بعينه ، أو قيام شركة بتقسيم أرض رابعة أو أرض معدة للبناء الى قطع متساوية متماثلة .

٢١٨ - أهمية التفرقة :

تظهر أهمية التفرقة بين الأشياء المثلية وتسمى كذلك بالأشياء المعينة بالنوع (Choses fungibles) والأشياء القيمية وتسمى أيضا بالأشياء المعينة بالذات (Choses non fungibles) فيما يأتي :

أولاً - اذا كان موضوع الالتزام شيئا مثليا جاز للمدين الوفاء بشيء مماثل لما التزم به ، أما اذا كان قيميا فيتمتع عليه الوفاء بنفس الشيء المتفق عليه .

ثانيا - لا يجوز للمدين بشيء مثلي أن يتحلل من التزامه بدعوى هلاك الشيء الذي كان يعتمد عليه في الوفاء ، لأن المثليات لا تهلك ، وبالعكس يؤدي هلاك الشيء القيمي الى استحالة التنفيذ وانقضاء التزام المدين .

ثالثا - لا تقع المقاصة الا بين النقود والمثليات المتحدة في النوع والجودة (١/٣٦٢ مدني و ٣٣٩ موجبات) .

رابعا - تنتقل ملكية المنقول القيمي بمجرد التعاقد ، أما الشيء المثلي فلا تنتقل ملكيته الا بالفرز ، ويتم الفرز بالكيل أو المقاس أو العد أو الوزن ، وذلك عادة وقت التسليم .

أبواب الثالث

مصادر الحق واثباته

٢١٩ - تقسيم :

ستتناول في هذا الباب بيان المصادر التي يستند إليها الحق في نشوئه ،
ثم نعرض في كلمة موجزة لطرق اثبات الحق .

الفصل الاول

مصادر الحق

٢٢٠ - مصدر الحق :

رأينا ان الحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص قبل آخر يحميها القانون . فالقانون هو مصدر جميع الحقوق . غير أن القانون يعتبر في بعض الحالات مصدرا مباشرا للحق ، وفي حالات أخرى ، وهي الغالبة ، مصدرا غير مباشر .

فالقانون مصدر مباشر للحق اذا تناوله بنص خاص (م ١٩٨ مدني) ، كما في الحق في النفقة التي رتبها القانون على علاقة القرابة أو الزوجية .

والقانون يعتبر مصدرا غير مباشر للحق اذا كان يتطلب لشوئه قيام واقعة معينة ، فتكون هذه الواقعة هي المصدر المباشر للحق ، كالبيع مثلا ، اذ يترتب عليه انتقال ملكية المبيع الى المشتري . فيكون البيع هو المصدر المباشر لحق المشتري في ملكية المبيع ، ويكون القانون هو المصدر غير المباشر لهذا الحق .

ويطلق على الواقعة التي تعتبر مصدرا مباشرا للحق اسم الواقعة القانونية (fait juridique) وهي بهذا المعنى كل أمر يرتب القانون على حدوثه أثرا قانونيا .

والوقائع القانونية قد تكون طبيعية أي مردها فعل الطبيعة ، وقد تكون اختيارية أي مردها فعل الانسان .

والوقائع الاختيارية قد تكون عملا ماديا (Acte matériel) وقد تكون عملا أو تصرفا قانونيا (Acte juridique) وستناول هذه الأنواع فيما يلي :

٢٢١ - الواقعة الطبيعية :

الواقعة الطبيعية هي كل حدث يرجع الى فعل الطبيعة وحدها ، بعيدا عن نشاط الانسان . ومن الأمثلة على ذلك الميلاد ، والوفاة ، ومرور الزمن ، والزلازل والفيضانات ... الخ .

فالميلاد تبدأ شخصية الانسان وتثبت له الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات . وبالوفاة تنتهي هذه الشخصية وتجري أحكام الميراث . ومرار الزمن قد يكتسب الحق بالتقادم المكسب ، وقد ينقضي الحق بالتقادم المسقط . والزلازل أو الفيضانات قد يكون القوة القاهرة التي تعفي المدين من التزامه .

وهكذا قد تكون الواقعة الطبيعية سببا في نشوء الحق أو في انقضائه .

٢٢٢ - الواقعة الاختيارية :

الواقعة الاختيارية هي التي يمكن ردها الى نشاط الشخص ، سواء

أكان نشاطا اراديا ، أي مقصودا به ترتيب أثر قانوني معين ، وهذا هو العمل أو التصرف القانوني ، أم لم يكن مقصودا به ترتيب هذا الأثر ، وهذا هو العمل المادي .

٢٢٣ - العمل المادي :

العمل المادي هو الفعل الذي يصدر من الشخص ويرتب عليه القانون أثرا قانونيا ، بصرف النظر عن ارادة صاحبه ، أي سواء اتجهت هذه الارادة الى احداث هذا الأثر أم لا ، ومن الأمثلة على ذلك ما يأتي :

أولا - الفعل الضار وهو قوام المسؤولية التقصيرية . وتقوم هذه المسؤولية على أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر . ويرتب عليها التزام المسؤول بتعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه . أي يترتب عليها نشوء حق للمضرور في التعويض .

ثانيا - الاثراء بلا سبب ومن مقتضاه أن كل من أثرى على حساب غيره دون سبب قانوني ، عليه أن يرد لمن افتقر من جراء هذا الاثراء قدر ما أثرى به ، في حدود ما لحق المفقّر من خسارة . ومن الأمثلة على ذلك قيام المستأجر بترميمات في العين المؤجرة واجبة على المؤجر ، فيكون له حق الرجوع على هذا الأخير ليعوضه عن ذلك .

ومن أهم تطبيقات الاثراء بلا سبب ، دفع غير المستحق والفضالة .

ودفع غير المستحق هو قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه ، فيكون على الموفى له رد ما أخذه ، لأن في احتفاظه به اثراء بلا سبب على حساب غيره .

والفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد ، ودون أن يكون ملزما

بذلك : شأنا عاجلا لحساب شخص آخر ، كاطفاء حريق شب في منزل الغير ، أو جني محصول يخشى عليه من التلف ، أو نقاوة زراعة من آفة أصابتها ... الخ .

٢٢٤ - العمل القانوني :

العمل القانوني أو التصرف القانوني هو ارادة تتجه الى احداث أثر قانوني . وقد يتم التصرف القانوني بارادتين وهذا هو العقد كالبيع والايجار والهبة .. الخ ، وقد يتم بارادة واحدة كالوصية والوعد بجائزة الموجه الى الجمهور . ومنقصر في القسم الثالث من هذا المؤلف على دراسة العقد باعتباره أهم مصادر الحق (أي الالتزام) .

الفصل الثاني

اثبات الحق

٢٢٥ - المبادئ التي تحكم الاثبات :

الاثبات هو اقامة الدليل امام القضاء على مصدر الحق الذي يدعيه الشخص . وللاثبات أهمية عملية بالغة الأهمية ، لأنه لا قيمة للحق اذا لم يتسكن صاحبه من اقامة الدليل على وجوده .

والقاعدة العامة في شأن الاثبات هي أن الاثبات على المدعي . ولا يقصد بالمدعي رافع الدعوى ، بل يقصد به كل من يدعي أمراً على خلاف الظاهر ، سواء كان هو رافع الدعوى أو من رفعت عليه الدعوى .

فاذا ادعى شخص مديونية آخر له بمبلغ من المال ، فهو يدعي خلاف الظاهر ، وهو براءة الذمة ، ويكون عليه اثبات مصدر هذا الدين ، فان فعل وأثبت وجود عقد القرض الذي هو مصدر الدين مثلاً ، انتقل عبء الاثبات الى الطرف الآخر ، فان ادعى انتضاء الدين بالوفاء كان عليه اثبات هذا الادعاء .

ولكن يلاحظ أن المشرع قد يدعى لتتبع هذه القاعدة ، بأن يقل الشخص من عبء الاثبات ، أو ينقل هذا العبء الى الطرف الآخر عن طريق ما يسمى بالقرينة القانونية .

٢٢٦ - طرق الاثبات :

طرق الاثبات التي حددها القانون تتمثل في : ١ - الكتابة . ٢ - الشهادة . ٣ - القرائن . ٤ - الاقرار . ٥ - اليمين .

٢٢٧ - الاثبات بالكتابة :

يعتبر الاثبات بالكتابة أهم طرق الاثبات . والاثبات بالكتابة على نوعين : كتابة رسمية ، وكتابة عرفية .

والكتابة الرسمية هي الورقة الرسمية التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه .

والكتابة العرفية هي الورقة التي تصدر من الشخص دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها .

والقاعدة العامة أنه اذا زادت قيمة الشيء القانوني على عشرين جنيهاً في القانون المصري أو على ٢٧٥ ليرة في العهد اللبناني ، أو كان غير محدد القيمة ، فيتمين الاثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها كالاقرار مثلاً .

غير أنه استثناء من هذه القاعدة يجوز في المسائل التجارية الاثبات بكافة طرق الاثبات ، بما فيها شهادة الشهود ، أي كان قيمة التصرف .

٢٢٨ - الاثبات بشهادة الشهود :

الاثبات بشهادة الشهود أي بالبيئة جائز بالنسبة للوقائع الطبيعية والأعمال المادية دون أي قيد . أما بالنسبة للأعمال أو التصرفات القانونية، فيخضع الاثبات بالبيئة لقيدين هما :

الأول - مع استثناء الأعمال التجارية - لا يجوز الاثبات بالبيئة الا اذا كانت قيمة التصرف القانوني لا تزيد عن القيمة السابق ذكرها ، أي لا تزيد على عشرين جنيتها في مصر أو على ٢٧٥ ليرة في لبنان .

الثاني - هو عدم جواز الاثبات بالشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي .

٢٢٩ - القرائن :

القرينة هو ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول . والقرينة على هذا النحو على نوعين : قرينة قانونية ، وقرينة قضائية .

والقرينة القانونية هي بدورها على نوعين : قرينة بسيطة وقرينة قاطعة .

والقرينة البسيطة هي التي يجوز اثبات عكس دلالتها ، من ذلك أن المادة ٥٨٧ مدني تقضي بأن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » . فهذه القرينة تقبل المستأجر من اثبات الوفاء بالأقساط السابقة على القسط الأخير الذي قدم الايصال به ، غير أنها قرينة بسيطة يجرز للمؤجر اثبات عكسها .

والقرينة القاطعة هي التي لا يجوز اثبات ما يخالفها ، من ذلك القرينة التي يضعها القانون في شأن مسؤولية حارس الحيوان . فلذا أصيب شخص بضرر من حيوان ، فانه يعفى من اثبات خطأ الحارس ، لأن القانون يفترض وقوع هذا الخطأ ، افتراضا لا يقبل العكس (م ١٧٦ مدني) .

أما القرينة القضائية فتخضع للقيود التي ترد على حرية الاثبات بالبينة ، ويجوز دائما اثبات عكسها .

٢٢٠ - الاقرار :

الاقرار هو الاعتراف بواقعة يدعيها شخص آخر . والاعتراف قد يصدر أمام جهة قضائية وهذا هو الاقرار القضائي ، وقد يقع خارج القضاء وهذا هو الاقرار غير القضائي .

٢٢١ - اليمين :

عندما يعجز الشخص عن اقامة الدليل على دعواه ، فيجوز له أن يوجه اليمين الى الخصم ، فان حلف هذا الأخير خسر من وجه اليمين دعواه ، وان نكل أي امتنع عن الحلف ، ثبت حق من وجه "يمين" ، وهذه هي اليمين الحاسمة .

غير أنه بجانب هذه اليمين الحاسمة يوجد ما يسمى باليمين المتممة وهي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأحد الخصوم لاستكمال اقتناعه ، وهي على عكس اليمين الحاسمة لا تحسم النزاع لأن القاضي غير مقيد بنتيجتها .

القسم الثالث

مبادئ نظرية الالتزام

مقدمة

٢٢٢ - التعريف بالالتزام :

الالتزام رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين بالقيام بأداء معين . هذا الأداء قد يكون اعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . والالتزام هو الجانب السلبي للحق ، أي أننا إذا نظرنا الى هذه الرابطة القانونية من ناحية الدائن أطلقنا عليه اسم الحق ، وإذا نظرنا اليها من ناحية المدين أطلقنا عليها اسم الالتزام .

وقد تواضع رجال الفقه على دراسته بوصفه التزاما لا بوصفه حقا ، فيقال نظرية الالتزام لا نظرية الحق الشخصي . والعلة في ذلك أن الناحية الغالبة فيه هي الناحية السلبية أي الالتزام ، ولا أدل على ذلك من امكان وجود الالتزام دون وجود دائن معين وقت نشوئه ، وجود الالتزام مع امتناع المطالبة به على الدائن . ومثال القرض الأول من يؤمن على حياته

لمصلحة أولاده وليس له ولد وقت انعقاد العقد ، ومثال الفرض الثاني الالتزام الطبيعي وفيه لا يستطيع الدائن اجبار المدين على الوفاء .

٢٣٣ - مصادر الالتزام :

• صدر الالتزام . هي الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام . ويمكن تقسيم مصادر الالتزام الى خمسة مصادر هي : العقد ، والارادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والاثراء بلا سبب ، وانقانون .

ويطلق على العقد والارادة المنفردة اسم المصادر الارادية للالتزام ، وهذا هو العمل أو التصرف القانوني .

ويطلق على العمل غير المشروع والاثراء بلا سبب اسم المصادر غير الارادية للالتزام ، وهذا العمل المادي . ويضاف اليها الوقائع الطبيعية التي يرتب عليها القانون أثرا قانونيا ^(١) .

٢٣٤ - تقسيم :

سنكتفي في دراستنا لمبادئ نظرية الالتزام بتناول بعضه باعتباره أهم المصادر الارادية للالتزام ، كما سنكتفي كذلك بعد دراسة العقد بمرض بعض أحكام الالتزام ، كل هذا في نطاق ما يحتاجه طالب كلية التجارة ، مع توخي طبيعة الحال الايجاز في العرض والتبسيط في الشرح ، حتى يسهل على هذا الطالب تفهم المبادئ القانونية اللازمة لدراسة القانون التجاري ، وهو بيت القصيد من الدراسة القانونية في كلية التجارة .

(١) راجع ما سبق ذكره في شأن مصادر الحق بند ٢٢٠ وما بعده .

الباب الأول

المقد

تمهيد

٢٣٥ - التعريف بالمقد :

المقد اتفاق ارادتين على ترتيب أثر قانوني بانشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله .

ويتحدد مجال المقد بالاتفاقات المنشئة للالتزام بين أشخاص القانون الخاص ، فتخرج من مجاله الاتفاقات المتعلقة بفروع القانون العام كالمعاهدة وهي اتفاق بين دولة ودولة أخرى وتحكمها قواعد القانون الدولي العام ، والنيابة وهي اتفاق بين النائب وناخبيه وتحكمها قواعد القانون الدستوري ، والوظيفة وهي اتفاق بين الحكومة والموظف وتحكمها قواعد القانون الإداري .

غير أنه حتى في مجال القانون الخاص تقتصر منطقة المقد على الاتفاقات المتعلقة بالذمة المالية ، فتستبعد الاتفاقات المتعلقة بروابط الأحوال الشخصية كالزواج ، لأن الزواج ولو أنه اتفاق بين الزوجين ، إلا أن القانون وحده هو الذي يحدد آثاره ، ولذا لا يعتبر عقدًا بالمعنى الصحيح .

٢٣٦ - تقسيمات العقود :

يمكن تقسيم العقود الى أقسام متعددة وفقا للخصيصة التي تناول منها العقد ، فيمكن تقسيمها من حيث شروط تكوين العقد الى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية ، ومن حيث أثر العقد الى عقود محددة وعقود احتمالية ، ومن حيث نفاذ العقد الى عقود فورية وعقود مستمرة ، ومن حيث تفسير العقد الى عقود مسماة وعقود غير مسماة ، وكذلك الى عقود بسيطة وعقود مختلطة .

٢٣٧ - العقود الرضائية والشكلية والعينية :

العقد الرضائي (contrat consensuel) هو ما يكفي التراضي لانعقاده ، والقاعدة في القانون الحديث هي رضائية العقود ، ومثال ذلك البيع ، فهو يتم باتفاق ارادتي البائع والمشتري دون حاجة الى أي إجراء آخر .

أما العقد الشكلي (contrat solennel) فهو ما لا يكفي التراضي لانعقاده ، بل يجب بجانب التراضي اتباع شكل معين كتحرير العقد بواسطة موظف مختص يسمى بالموثق ، كما هو الحال في هبة العقار (م ٤٨٨ مدني و ٥١٠ موجبات) .

أما العقد العيني (contrat réel) فهو ما لا يكفي التراضي كذلك لانعقاده ، بل يجب الى جانب ذلك تسليم العين محل العقد ، من ذلك هبة المنقول ، فقد أجاز القانون المصري أن تتم في محرر رسمي أو بالتبض (م ٤٨٨/٢ مدني و ٥٠٩ موجبات) .

٢٣٨ - العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين :

العقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) هو الذي يلتزم

فيه أحد الطرفين دون الطرف الآخر ، أي يكون بمقتضاه أحد الطرفين مدينا فقط والآخر دائنا فقط ، كمقد القرض .

أما العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي (contrat synallagmatique ou bilatéral) فهو الذي يربط التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، أي يعتبر كل متعاقد بموجبه دائنا ومدينا في آن واحد ، كالبيع والاجارة وغيرها . فالبائع مثلا يعتبر دائنا بالثمن ومدينا بتسليم المبيع ، والمشتري دائنا بتسليم المبيع ومدينا بالثمن .

وأهمية هذا التقسيم تتمثل في الأمور الآتية :

١ - في العقود الملزمة للجانبين اذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه كان للطرف الآخر الذي نفذ التزامه أما المطالبة بالتنفيذ ، وأما المطالبة بالفسخ أي بمحو العقد وإعادة الحالة التي ما كانت عليه قبل التعاقد ، ولذا يقال أن العقد الملزم للجانبين يتضمن دائما شرطا فاسخا ضمنا .

٢ - في العقود الملزمة للجانبين ، اذا طالب أحد المتعاقدين المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، ولم يكن هو نفسه قد نفذ التزامه أو أبدى استمداه لتنفيذه كان للمتعاقد الآخر أن يدفع هذا الطلب بما يسمى بالدفع بمدم التنفيذ ، ومعناه أن لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما تعهد به .

٣ - في العقود الملزمة للجانبين اذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن ارادته سقط التزامه ، وسقط معه التزام المتعاقد الآخر ، وبذا ينفسخ العقد بقوة القانون . ففي البيع اذا هلك المين المبيعة تحت يد البائع بقوة قاهرة قبل التسليم ، انقضى التزامه ،

وانقضى تبعاً له التزام المشتري بدفع الثمن ، وبذا يتحمل البائع وهو المدين بالتسليم تبعاً استحالة التنفيذ •

أما في العقود الملزمة لجانب واحد فيكون تحمل التبعة على الدائن ، فمثلاً إذا استحال على المودع عنده رد الوديعة لهلاكها بقوة قاهرة ، انقضى التزامه بانرد ، وتحمل المودع وهو الدائن تبعاً هذه الاستحالة •

٢٣٥ - عقود المعاوضة وعقود التبرع :

عقد المعاوضة (Contrat à titre onéreux) هو الذي يتلقى فيه كل من المتعاقدين عوضاً لما أعطاه كالبيع والإجارة • ففي البيع مثلاً يقدم البائع المبيع مقابل الثمن ، ويقدم المشتري الثمن مقابل المبيع •

أما عقد التبرع (Contrat à titre gratuit) فهو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين عوضاً لما أعطاه كالهبة والعارية والقرض بدون فائدة •

٢٤٠ - العقود المبددة والعقود الاحتمالية :

العقد المبدد (Contrat commutatif) هو الذي يتحدد فيه وقت انعقد العقد مقدار الأداء الذي يبذله كل من المتعاقدين ، ولو انتهى التعادل بين الأدائين : كبيع شيء معين بثمن معين •

أما العقد الاحتمالي (Contrat aléatoire) فهو العقد الذي لا يتحدد فيه وقت التعاقد مقدار الأداء الذي يبذله أو يأخذه كل متعاقد ، لوجود عنصر احتمالي فيه كمقد التأمين وعقد اليانصيب •

وأهمية هذا التقسيم تستبين في أن الثمن لا يؤثر كبداً عامياً ، سفود الاحتمالية •

٢٤١ - العقود الفورية والعقود الممتدة :

العقد الفوري (Contrat instantané) هو الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة كما هو الشأن في البيع عادة ، اذ بمجرد تمام العقد يقوم البائع بتسليم المبيع والمشتري بدفع الثمن . وقد يترأخى تنفيذ عقد البيع الى أجل ، ولكن تأجيل تنفيذه لا يؤثر على مقدار الثمن أو على مقدار المبيع .

أما العقد الممتد (Contrat successif) فهو الذي ينفذ فيه الالتزام بإداءات مستمرة كمقد الإيجار ، أو بإداءات دورية كمقد التوريد . والعقد الممتد يعتبر الزمن فيه عنصرا جوهريا بحيث يتوقف على هذا العنصر تحديد مقدار محل الالتزام ، فالإيجار مثلا يرد على منفعة الشيء ، ومقدار المنفعة يقدر بزمان الانتفاع ، كما يقدر به مقدار الأجرة ، لأن الأجرة تقابل الانتفاع .

وتظهر أهمية هذا التقسيم أنه اذا فسخ العقد الفوري انسحب أثر الفسخ الى الماضي ، فاذا فسخ البيع مثلا ، استرد البائع المبيع واسترد المشتري الثمن أو الجزء من الثمن الذي كان قد دفعه . أما فسخ العقد الممتد فلا ينسحب أثره الى الماضي ، فاذا فسخ عقد الإيجار مثلا فلا يسترد المستأجر الأجرة التي دفعها عن الفترة السابقة على وقوع الفسخ ، لأنها تقابل المنفعة ، والمنفعة لا يمكن ردها .

٢٤٢ - العقود المسماة والعقود غير المسماة :

العقد المسمى هو العقد الذي خصه المشرع باسم معين وفصل أحكامه لمعظم شيوخه بين الناس ، كالبيع والإجارة والهبة .

أما العقود غير المسماة فهي التي لم تحظ من المشرع بتنظيم أو باسم معين لقلة شيوخها بين الناس . كاتفاق مستشفى مع كلية طب على وضع

عدة أسرة تحت تصرف الكلية للتعليم والبحث الطبي • والعقود غير المسماة لا حصر لها ، لأن الارادة حرة تستطيع انشاء ما تريد من العقود في حدود النظام العام والآداب •

وأهمية هذا التقسيم أنه اذا سكت المتعاقدان عن ذكر بعض أحكام عقد من العقود المسماة (contrats nommées) يرجع في تكملة هذا النقص الى الأحكام الخاصة التي أوردتها المشرع في شأنه ، أما اذا كان العقد من العقود غير المسماة (contrats innommées) فيرجع بالنسبة له الى القواعد العامة في الالتزام •

٢٤٣ - العقود البسيطة والعقود المختلطة :

العقد البسيط (Contrat simple) هو الذي يتناول نوعا واحدا من العقود كالبيع أو الايجار •

أما العقد المختلط (Contrat mixte) فهو الذي يجمع بين عدة عقود متعاصرة امتزج بعضها بالبعض الآخر ، وعادة يكون من العقود غير المسماة ، مثال ذلك العقد بين صاحب الفندق والزيل ، فهو مجموع يشمل عقد ايجار بالنسبة الى الغرفة ، وعقد عمل بالنسبة الى الخدمة ، وعقد بيع بالنسبة الى الطعام ، وعقد ودیعة بالنسبة للامتعة •

وأهمية هذا التقسيم أن العقد المختلط تطبق عليه فيما يتعلق بتفسيره أحكام العقود المختلفة التي امتزجت فيه ، ولكن اذا تناقضت هذه الأحكام فيجب ترجيح أحد العقود باعتباره العقد الرئيسي وتطبيق أحكام هذا العقد دون سواه ، وهو ما فعله القضاء المصري بالنسبة لعقد الهاتف وهو يدور بين عقد العمل وعقد الايجار ، فقلب فيه عنصر العمل •

٢٤٤ - منهج البحث :

سنتبع في دراستنا لنظرية العقد الترتيب الآتي :

أولا - انعقاد العقد •

ثانيا - نطاق العقد وآثاره •

ثالثا - تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية •



الفصل الاول

انعقاد العقد

٢٤٥ - أركان العقد :

أركان العقد هي التراضي والمحل والسبب ، وسنضيف إليها في دراستنا الجزاء المترتب على الاخلال بأي ركن من هذه الأركان .

الفرع الاول

التراضي

٢٤٦ - بيان الموضوعات :

يتصل بموضوع التراضي البحث في : طرفي العقد ، ووجود التراضي ، وصحته .

البحث الاول

طرفا العقد

٢٤٧ - الاهلية والنية في التعاقد :

الأصل أن الرضاء الذي يتم به انعقاد العقد يجب أن يصدر من المتعاقدين ، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ قد يتم العقد عن طريق

النيابة ، فيكون الرضا صادرا من النائب وليس من الأصل ، كما أن الرضا لا يكون معتبرا الا اذا صدر من شخص متمتع بالأهلية .

المطلب الاول

الأهلية

٢٤٨ - أهلية الوجوب وأهلية الأداء :

ينصرف اصطلاح الأهلية تارة الى ما يسمى بأهلية الوجوب ، وتارة الى ما يسمى بأهلية الأداء ، وان كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو انعدامها أو نقصها أهلية الأداء لا أهلية الوجوب ، لأنه اذا انعدمت أهلية الوجوب فلا يتصور البحث في أهلية الأداء .

وأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقررها القانون ، وهي على هذا النحو تتصل بالشخصية لا بالإرادة .

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لأعمال إرادته أفعالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده ، وهذه الأهلية قد تكون كاملة أو ناقصة أو معدومة . فاذا كانت كاملة صح التصرف الذي يجريه الشخص ، وان كانت ناقصة كان التصرف قابلا للإبطال ، واذا كانت معدومة كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا ، وقد سبق لنا دراسة موضوع الأهلية (١) .

المطلب الثاني

النيابة في التعاقد

٢٤٩ - التعريف بالنيابة :

النيابة (Représentation) هي حلول إرادة النائب محل إرادة

(١) راجع بند ١٦٦ وما بعده .

الأصيل في ابرام تصرف قانوني مع اضافة آثاره الى شخص الأصيل ، كما لو تعاقد شخص بطريق النيابة عن شخص آخر في بيع عقار مملوك له ، فان العقد ينعقد بارادة النائب واردة المشتري ، أما آثار البيع فيضاف ما تعلق منها بحقوق والتزامات البائع الى شخص الأصيل لا الى شخص النائب الذي حل محله في اتمام العقد .

وسنبحث فيما يتعلق بالنيابة : أولا في شروط وجود النيابة : وثانيا في أحكام النيابة .

١ - شروط وجود النيابة

٢٥٠ - بيان الشروط :

لكي يتحقق وجود النيابة لا بد من توافر شروط معينة وهي : أولا - احلال ارادة النائب محل ارادة الأصيل . ثانيا - العلم بالنيابة . ثالثا - التزام النائب بحدود النيابة .

٢٥١ - الشرط الاول - احلال ارادة النائب محل ارادة الاصيل :

ينعقد التصرف الذي يتم بطريق النيابة بارادة النائب لا بارادة الأصيل ، وفي هذا يفترق النائب عن الرسول الذي يعتبر حاملا فقط لرضاء المتعاقد ، شأنه في ذلك شأن الخطاب ، ولذا يعتبر التعاقد برسول تعاقدًا بين غائبين فيما يتعلق بمكان وزمان انعقاد العقد ، على حين أن التعاقد بطريق النيابة يعتبر تعاقدًا بين حاضرين اذا ضم النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، لأن النائب يعبر عن ارادته هو لا عن ارادة الأصيل .

كذلك يترتب على انعقاد العقد بارادة النائب وليس بارادة الأصيل ،

أنه ينظر فيما يتعلق بحسن وسوء النية ، وفيما يتعلق بعيوب الإرادة ، الى شخص النائب وليس الى شخص الأصل (م ١٠٤ مدني) .

٢٥٢ - الشرط الثاني - العلم بالنيابة :

- يشترط لكي تضاف آثار التصرف الذي يعقده النائب مع الغير الى شخص الأصل ، أن تتجه ارادتهما الى ذلك ، وهذا يفترض أن يكون العلم بالنيابة مشتركا بينهما وقت انعقاد التصرف موضوعها .

والعلم بوجود النيابة قد يكون حقيقيا أو حكما . كما لو أعلن النائب عند التعاقد أنه يتعامل باسم الأصل ، حكما اذا كانت الظروف تقتصر حتما علم الغير بوجود النيابة بالرغم من سكوت النائب عن اعلان ذلك ، كمن يدخل محلا تجاريا لشراء شيء منه ، فيفترض فيه العلم بأن العامل أو الموظف الذي يتولى البيع ليس الا نائبا عن صاحب المحل .

٢٥٣ - الشرط الثالث - التزام النائب حدود النيابة :

لكي تضاف آثار النيابة أي آثار التصرف الذي يعقد بطريق النيابة الى الأصل ، يشترط ألا يخرج النائب عن حدود النيابة . والنيابة قد تقيد من حيث الأشخاص ، أو من حيث الموضوع .

فمن حيث الأشخاص ، قد تكون النيابة عامة تنصرف الى الغير كافة، وقد تتحدد بشخص معين لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع غيره .

ومع ذلك فانه حتى بالنسبة للنيابة العامة يوجد قيد ضمني هو عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه ، بأن يكون نائبا عن غيره وأصيلا عن نفسه في العقد ، أو أن يكون نائبا عن طرفي العقد معا ، الا اذا وافق الأصل على ذلك . والعلة في هذا القيد هو الصعوبة التي يستشعرها النائب في مثل هذه الحالة في التوفيق بين المصالح المتضاربة .

ومن حيث الموضوع قد تتناول النيابة جميع التصرفات بصفة عامة ،
أو نوعا معينا منها أو تصرفا معينا بالذات لا يستطيع النائب اجراء غيره .
هذا ويلاحظ أن النيابة الواردة في ألقاظ عامة لا تنصرف الا لأعمال
الادارة فقط (م ٧٠١ مدني و ٧٧٨ موجبات) .

٢- احكام النيابة

٢٥٤ - الآثار التي تترتب على التعاقد بطريق النيابة :

يترتب على التعاقد بطريق النيابة آثار معينة بالنسبة للأصل، وبالنسبة
للنائب ، وبالنسبة للغير الذي تعاقد مع النائب .

فبالنسبة للأصيل تضاف اليه آثار التصرف سواء أكانت حقوقا أم
التزاماتا ، ولذا ينظر إلى شخص الأصيل وليس إلى شخص النائب لتقدير
الصلاحية لاكتساب الحق ، ولتحديد صفة الالتزام الذي ينشأ عنه فيما
إذا كان التزاما مدنيا أم تجاريا .

وبالنسبة للنائب ، فانه يعتبر اجنبيا عن التصرف موضوع النيابة
بالرغم من أن هذا التصرف قد تم بإرادته ، لأن ما يرتبه هذا التصرف من
آثار يضاف مباشرة إلى الأصيل .

وبالنسبة للغير فانه يرتبط بموجب التصرف موضوع النيابة بالأصيل
مباشرة ، فيكتسب قبل الأصيل كافة الحقوق التي يرتبها له هذا التصرف ،
ويلتزم قبله بكافة الالتزامات التي يولدها في ذمته هذا التصرف .

المبحث الثاني

وجود التراضي

٢٥٥ - معنى التراضي

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كعبرين عن ارادتي طرفي

المقد • وعادة يتعاقب التعبير عن هاتين الإرادتين المتطابقتين ، فيصدر الإيجاب أولا ثم يتبعه قبول مطابق له •

٢٥٦ - التعبير عن الإرادة :

القاعدة العامة فيما يتعلق باتخاذ المقد هي الرضائية الا اذا تطلب القانون أوضاعا معينة بجانب التراضي لتام المقد ، كما هو الشأن في العقود الشكلية والعقود العينية •

ولا يخضع التعبير عن الإرادة في العقود الرضائية لشكل خارجي معين . ولذا يصح أن يكون صريحا أو ضمنيا ، معلنا بالقول أي بالألفاظ ، مبشرة أو بواسطة الهاتف أو بواسطة شريط مسجل ، أو بالكتابة في أشكالها المتعددة من كتابة بخط اليد أو بآلة كاتبة أو بآلة طباعة أصلا كان أو صورة ، موقعا عليها أو غير موقع ، أو بخطاب أو نشرة أو اعلان ، أو سند عرفي أو سند رسمي ، أو بالإشارة المتداولة عرفا ، أو باتخاذ موقف لا بدع شك في دلالة على المقصود منه كالجلوس في عربة نقل ، اذ به يعتمد عقد النقل •

على أن هذه الحرية التي للمتعاقدين في التعبير عن ارادتهما يحد منها ما يتطلبه القانون في شأن اثبات المقد ، ولذا يلجأ المتعاقدان عادة الى الكتابة كوسيلة لاثبات المقد •

٢٥٧ - التعبير الصريح والتعبير الضمني :

الأصل أن التعبير الضمني كالتعبير الصريح في قوته ، غير أنه في بعض الأحيان يجب أن يكون التعبير صريحا ، اما لأن القانون يتطلب ذلك ومثاله أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه الا اذا ذكر فيها صراحة انه استوفى الدين ، واما لأن المتعاقدين قد اتفقا على

هذا ، كما لو اتفق المؤجر مع المستأجر على عدم جواز التنازل عن الايجار أو تأجير العين من الباطن الا برضاء المؤجر كتابة .

٢٥٨ - التعبير عن الإيجاب :

يتخذ التعبير عن الإيجاب عادة مظهرا صريحا سواء كان ذلك بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود ، كعرض التاجر بضاعته في واجهة المحل التجاري أو في داخله مع وضع بطاقات ببيان أثمانها عليها .

كذلك قد يكون الإيجاب ضمنياً ، كالأيجاب الصادر من المستأجر الذي انتهت مدة اجارته والمستفاد من بقائه في العين المؤجرة .

هذا ولا يشترط في الإيجاب أن يكون موجهاً إلى شخص معين بالذات ، بل يصح بالإيجاب ولو كان موجهاً لشخص غير معين كالأيجاب الموجه إلى الجمهور عن طريق النشرات أو الإعلانات في الصحف أو عن طريق عرض البضائع في واجهات المحلات التجارية .

٢٥٩ - التعبير عن القبول :

قد يكون التعبير عن القبول كالتعبير عن الإيجاب صريحاً أو ضمنياً والتعبير الضمني يصادف عادة في القبول عنه في الإيجاب ، من ذلك عدم اعتراض المؤجر على بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار ، إذ يعتبر ذلك قبولا ضمنياً من المؤجر للإيجاب الضمني الصادر من المستأجر في شأن تجديد عقد الإيجار .

٢٦٠ - هل يعتبر السكوت قبولا ؟

يتمين قبل الكلام في السكوت التفرقة بينه وبين التعبير الضمني ، لأن التعبير الضمني وضع إيجابي يستفاد من بعض الوقائع ، أما السكوت

حـ. رضع سـ. لـ. ولما كانت الارادة عملا ايجابيا فلا يتصور كقاعدة عامة أن يكون السكوت تعبيراً عنها .

والسكوت لا يتضمن على وجه الاطلاق ايجابا لأنه عدم ، والعدم لا ينبئ بشيء ، وهو كذلك لا يعتبر قبولا الا اذا كان ملابسا .

والسكوت يعتبر ملابسا في حالات معينة أشارت اليها المادة ٩٨ مدني . من ذلك اذا تمخض الايجاب عن منفعة من وجه اليه ، فيعتبر 'سكوت قبولا ، كعمارة استعمال تعرض على المستعير فيسكت ، أو اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، كتاجر اعتاد ارسال بضاعة الى عميل له دون ان ينتظر ردا ، فيعتبر سكوت العميل قبولا ، أو اذا كان العرف التجاري يقضي باعتبار السكوت دليلا على الرضا ، ومما جرى به العرف التجاري مثلا أن يرسل المصرف الى العميل يافا بحسابه ، ويذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان في مدة معينة يعتبر اقرارا له .

٢٦١ - القبول في عقود المزايدة :

الذي يعنينا في عقود المزايدة هو تحديد متى يتم الايجاب ومتى يتم القبول ، وقد أجابت على ذلك المادة ٩٩ مدني ، ووفقا لها يكون مجرد افتتاح المزايدة على الثمن دعوة للتقدم بالمطاءات ، والتقدم بالمطاء هو الايجاب ، أما القبول فلا يتم الا برسو المزايدة .

٢٦٢ - القبول في عقود الاذعان :

اذا كان الوضع العادي في العقود أن تسبقه مفاوضات يتناقش فيها الطرفان في شروط العقد وأحكامه ، لا أنه قد يحدث ، وهذا كثير الوقوع الآن ، أن أحدا الطرفين يكون من القوة من الناحية الاقتصادية بحيث

يفرض ارادته على الطرف الآخر ، فيعرض عليه شروطا يتعين عليه قبولها أو رفضها دون مناقشة ، بحيث يتكون القبول في مثل هذه الحالات أقرب الى معنى التسليم منه الى معنى المشيئة ، ويطلق على العقود التي من هذا النوع اسم عقود الاذعان (Contrat d'adhésion).

ويعتبر العقد من عقود الاذعان اذا توافرت فيه الخصائص الآتية وهي :

١ - أن يتعلق العقد بسلع أو مرفق يعتبر من الضرورات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المتتبعين .

٢ - احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها المنافسة محدودة النطاق .

٣ - أن يكون الإيجاب موجها الى الجمهور كافة بشروط متاثلة ولمدة غير محدودة وأهمية التفرقة بين عقد الاذعان وبين غيره من العقود ، أنه اذا كانت القاعدة أن الشك يفسر في مصلحة المدين ، عند غموض عبارة العقد ، إلا أنه في عقود الاذعان يفسر الشك لمصلحة الطرف المدعى دائما كان أم مدينا (م ١٥١ مدني) .

٢٦٢ - تبادل التعبير عن الإرادة :

يفترض العقد صدور إيجاب يتبعه قبول ، وإذا كان القبول مطابقا للإيجاب انعقد العقد ، أما اذا كان معدلا له بالزيادة أو النقصان ، فيعتبر رفضا للإيجاب ، وإيجابا جديدا يستلزم قبولا من الطرف الآخر (م ٩٦ مدني) .

والتعبير عن الإرادة إيجابا أو قبولا ، تسبقه مفاوضات بين المتعاقدين يمر فيها التعاقد بمراحل مختلفة ، من ذلك مرحلة الوعد بالتعاقد ، والتعاقد بالعربون .

٢٦٤ - الوعد بالتعاقد :

الوعد بالتعاقد ، كالوعد بالبيع مثلا ، عقد يلتزم بمقتضاه الواعد ببيع شيء اذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء في مدة معينة . وكثيرا ما يلجأ الى هذا العقد في الحياة العملية ، من ذلك أن شركات البناء العقارية ، رغبة منها في تيسير تأجير مبانيها ، تضمن عقود الايجار الصادرة منها وعدا ببيع المين الى المستأجر ، كذلك تلجأ الشركات الصناعية لضمان التوسع في اعمالها في المستقبل الى الحصول من ملاك الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها لها اذا أبدت رغبته في الشراء في مدة معينة .

ولكي ينعقد عقد الوعد لا بد من توافر شروط معينة هي :

أولا - الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد موضوع الوعد ، فاذا كان بيعا ، فيجب الاتفاق في عقد الوعد على المبيع والثلث ، واذا كان ايجارا فيجب الاتفاق فيه على المين المؤجرة والاجرة ومدة الايجار .

ثانيا - المدة ، اذ يجب أن يحدد في عقد الوعد مدة يظهر الموعود له رغبته فيها ، والا امتنع انعقاد الوعد . وهذه المدة قد يتفق عليها صراحة أو ضمنا ، ويلتزم الواعد بالبقاء على وعده طوال هذه المدة ، فاذا انقضت دون أن يعلن الموعود له رغبته في استيفاء الوعد ، انقضى التزام الواعد (١٠١/١ مدني)^(١) .

ثالثا - الشكل ، ذلك أنه اذا كان الأصل في عقد الوعد أن يكون رضائيا ، الا أنه اذا كان العقد موضوع الوعد من العقود الشكلية كالهبة

(١) لم يتطلب القانون اللبناني توافر شرط المدة الا بالنسبة الى الوعد ببيع العقار (م ٢٢٠ من قانون الملكية العقارية) .

والرهن الرسمي ، فيتعين أن يتوافر في عقد الوعد الشكل اللازم لتوافره
في العقد موضوع الوعد ، والا بطل الوعد وامتنع مطالبة الواعد بتنفيذه
(م ١٠١ / ٢ مدني) .

وإذا أبدى الموعود له رغبته في استيفاء الوعد قبل انقضاء المدة ،
انمقد العقد موضوع الوعد ، ويعتبر منعقدا من وقت ابداء هذه الرغبة ،
لا من وقت قيام الوعد .

٢٦٥ - التعاقد بالعربون :

العربون (Les arrhes) مبلغ من النقود (أو منقول من نوع آخر)
يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد .

والغرض من دفع العربون اما الدلالة على أن لكل من المتعاقدين الحق
في العدول عن الصفقة ونقض العقد ، واما الدلالة على أن العقد قد تم
نهائيا وأن القصد من دفع العربون هو ضمان تنفيذه . ويرجع الى نية
المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد الغرض من دفع العربون ، فإذا
كانت هذه النية غير واضحة اعتبر دفع العربون دليلا على ثبوت خيار
العدول (م ١٠٣ / ١ مدني) . وإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا
عدل من قبض العربون رد ضعفه ، ولو لم يترتب على العدول أي ضرر
(م ١٠٣ / ٢ مدني) .

٢٦٦ - التعاقد بين غائبين :

قد لا يضم المتعاقدين مجلس واحد فتمضي فترة من الوقت بين
صدور القبول وعلم الموجب به ، كما في العقود التي تتم بالمراسلة أي
بالبريد أو البرق أو بواسطة رسول . وفي هذه الحالة يشكل الأمر فيما
يتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد ، هل انمقد في الوقت والمكان

الذين صدر فيهما القبول ، أم في الوقت والمكان اللذين علم فيهما
الموجب بالقبول .

أخذ القانون اللبناني في هذا الموضوع بنظرية اعلان القبول ، باعتبار
أن العقد توافق ارادتين ، فإذا قبل من وجه اليه الايجاب التعبير الصادر
من الطرف الآخر ، تم العقد دون حاجة الى تأخير ذلك الى وقت آخر
(م ١٨٤ موجبات) . ويميب هذه النظرية أن الموجب ستمضي عليه فترة
عدم استقرار لا يعلم فيها اذا كان العقد انعقد أم لا .

أما القانون المصري فقد أخذ بنظرية العلم بالقبول (م ٩٧ مدني)
باعتبار أن العقد وان كان توافقا بين ارادتين ، الا أنه يجب أن يعلم كل
طرف بقيام هذا التوافق ، أي يعلم الموجب بقبول الطرف الآخر ، ويعتبر
وصول القبول قرينة على العلم به .

البحث الثالث

عيوب الرضاء

٢٦٧ - الإرادة غير الموجودة والإرادة المحيية :

العقد تصرف قانوني قوامه الارادة ، والارادة قد تكون غير موجودة
أي معدومة وفي هذه الحالة يعتبر العقد باطلا أي غير موجود ، وقد تكون
الارادة موجودة ولكنها معيبة بميب من عيوب الرضاء ، وفي هذه الحالة
يقوم العقد ولكنه يكون قابلا للإبطال .

والارادة تعتبر معدومة اذا صدرت ممن لا يملكها كالصبي غير المميز
والمجنون ، وتكون معيبة اذا صدرت من كامل الأهلية الذي شاب رضاه
غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال . وستتناول بالبحث كل عيب من
هذه العيوب .

المطلب الاول

الغلط

٢٦٨ - التعريف الغلط :

الغلط (L'erreur) وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع ، كمن يشتري قطعة حلى على أنها من الذهب الخالص فيتبين انها من الفضة المغطاة بطبقة من الذهب .

ويشترط لاعتبار الغلط معييا للرضى توافر شرطين : الأول - أن يكون الغلط جوهريا . الثاني - أن يكون الغلط داخلا في نطاق العقد .

٢٦٩ - الغلط الجوهرى :

يعتبر الغلط جوهريا في القانون المصري (م ١٢١ مدني) اذا كان هو الدافع الى التعاقد ، أي اذا بلغ حدا من الجساماة يمنع معه التعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ، سواء في ذلك وقع الغلط في الشيء أم في الشخص أم في القيمة أم في الباعث ، أم في القانون .

ومثال الغلط في الشيء أن يشتري شخص تحفة على أنها أثرية فيظهر انها حديثة الصنع ، ومثال الغلط في شخص التعاقد أن يعهد شخص الى مهندس زراعي بالاشراف على زراعته ، فيتضح أنه لا يحمل مؤهلا علميا . والغلط في شخص التعاقد يؤدي الى ابطال العقد اذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد ، سواء في ذلك تناول الغلط ذات التعاقد أو صفة من صفاته . وذات التعاقد تكون بوجه عام محل اعتبار في العقد اذا كان من عقود التبرع ، أما اذا كان من عقود المعاوضة ، فلا تكون ذاته محل اعتبار في العقد الا على سبيل الاستثناء ، كما في عقد الشركة .

ومثال الغلط في القيمة أن يبيع شخص الى آخر سهما بقيمته الفعلية جهلا منه بأن السهم قد ربح جائزة كبيرة . ومثال الغلط الباعث أن يستأجر

موظف مسكنا في بلد معين على اعتبار أنه نقل اليه ، ثم يتبين أنه لم ينقل (١) .

ومثال الفلظ في القانون أن يبيع شخص حصته في التركة ، معتقدا أن نصيبه الشرعي هو ثمن التركة ، ثم يستبين بعد ذلك أنه ورث ربع التركة .

٢٧٠ - الفلظ الداخل في نطاق العقد :

يشترط في الفلظ حتى يؤدي الى ابطال العقد أن يكون داخلا في منطقة العقد ، أي داخلا فيما اتفق عليه المتعاقدان أو فيما يفترض اتفاقهما عليه ، بأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بدوره في هذا الفلظ أو كان عالما به أو كان من السهل عليه العلم به (م ١٢٠ مدني) (٢) .

فمن يشتري شيئا على أنه أثري من تاجر عاديات ، ثم يتبين أنه غير أثري ، يفترض علم التاجر بنية المشتري في شراء شيء أثري ، ولذا يعتبر الفلظ داخلا في نطاق العقد .

(١) راجع في شأن حالات الفلظ الجوهري في القانون اللبناني ما تقتضيه به المادة ٢٠٤ موجبات من أنه « بعد الرضى متعبيا فقط والعقد قابلا للإبطال : ١ - إذا كان الفلظ يتناول صفات الشيء الجوهرية . ٢ - إذا كان الفلظ يتناول هوية الشخص أو صفاته الجوهرية في العقود المنظور في انشائها الى شخص التعاقد . ٣ - إذا كان الفلظ يتناول فاعلية سبب الوجوب (كانشاء عهد من أجل موجب سابق كان يظن أنه مدني مع أنه كان طبيعيا فقط) . (٢) يتطلب القانون اللبناني أن يكون الفلظ مشتركا إذا كان واقعا في صفة جوهرية في الشيء فقط (م ٢٠٧ موجبات)

المطلب الثاني

التدليس

٢٧١ - التعريف بالتدليس :

التدليس أو الخداع كما يسميه القانون اللبناني (Le dol) هو استعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يجعله على التعاقد .
وظاهر من هذا التعريف أن التدليس لا يعتبر عيباً مستقلاً من عيوب الرضا ، بل هو علة لعيب آخر ، وهذا العيب هو الغلط ، ذلك أن الغلط إما أن يكون تلقائياً ، أي ينزلق إليه الشخص من تلقاء نفسه ، وإما أن يكون مستتاراً ، أي تثيره في الذهن الحيل التي استعملت مع العاقد ، وفي الحالتين يكون العقد قابلاً للإبطال .

٢٧٢ - عناصر التدليس :

يشترط لقيام التدليس في القانونين المصري واللبناني (م ١٢٥ و ١٢٦ مدني و ٢٠٨ و ٢٠٩ موجبات) توافر عناصر ثلاثة هي : أولاً - استعمال الحيلة . ثانياً - نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع . ثالثاً أن تكون الحيلة مؤثرة أي تحمل على التعاقد .

٢٧٣ - العنصر الأول - استعمال الحيلة :

تتخذ الحيلة المستعملة في التدليس صوراً شتى تختلف باختلاف حالة المتعاقد المدلس عليه . وعادة تكون الحيل من وقائع إيجابية أي من تأكيدات كاذبة تسند لها طرق احتيالية بقصد إخفاء حقيقة الأمر عن العاقد أو إجهاد خلاف الواقع ، كإسقاط أحد المتعاقدين لمستندات مزورة أو إخفاؤه مظاهر خداعه بقصد حمل الطرف الآخر على التعاقد .

والأصل أن الكذب أو الكتمان وحده لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة ،

الا اذا تناول واقعة لها أهميتها عند العاقد ، بحيث ما كان ليتعاقد لولا التأكيدات غير الصحيحة التي صدرت له في شأنها ، او لولا اخفاؤها عمدا عنه ، مثال ذلك كتمان المؤمن على حياته عن شركة التأمين مرضا خطيرا أصابه قبل التأمين .

٢٧٤ - العنصر الثاني - نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع :

يجب أن تكون الحيلة المستعملة في التدليس مصحوبة بنية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع ، فاذا انتفت نية التضليل فلا تدليس ، كما هو الشأن فيما يصدر من التجار من اتحال أحسن الأوصاف لسلمهم والمبالغة في ذلك .

كذلك يجب أن يكون المقصود من التضليل هو الوصول الى غرض غير مشروع ، فاذا كان الغرض مشروعاً فلا تدليس ، كما لو استعمل المودع وقد تبين له أن المودع عند غيره أمين ، طرقا احتيالية للحصول منه على اقرار بالوديعة .

٢٧٥ - العنصر الثالث - ان تكون الحيلة مؤثرة :

يجب أن تبلغ الحيلة من الجسامة حدا يعتبر دافعا للتعاقد على التعاقد . وجسامة الحيلة يرجع فيها الى معيار شخصي أي ذاتي ، لأنها تتوقف على حالة الشخص المدلس عليه ، اذ من الناس من يصعب خداعه ، ومن الناس من يسهل غشه .

٢٧٦ - التدليس الصادر من اجنبي عن العقد :

اذا كان الأصل هو وجوب صدور التدليس ممن كان طرفا في العقد أو من نائبه ، الا أنه اذا صدر التدليس من اجنبي عن العقد وجب أن يكون العاقد المستفيد من هذا التدليس على علم به أو يكون من المفروض حتما علمه به . فان لم يثبت ذلك فلا يجوز ابطال العقد .

المطلب الثالث

الاكراه

٢٧٧ - التعريف بالاكراه :

الاكراه أو الخوف كما يسميه القانون اللبناني (Violence) ضغط على الشخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد .

وهذا الوصف للاكراه ينصرف الى الاكراه المفسد للرضا ، وهو ما تتكلم عنه . لأن فيه الارادة موجودة وان لم تكن مختارة ، على عكس الاكراه المعده للرضا والذي يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا ، كما لو أمسك المكره بيد المكره والقلم فيها للتوقيع على العقد ، أو نومه تنويما مغناطيسيا ، وأوحى اليه بامضاء العقد .

والاكراه المفسد للرضا قد يكون حسيا ، ووسيلته الاكراه الجسماني اذا وقع فعلا ، فيقبل الشخص العقد تخلصا من الألم . وقد يكون نفسيا ووسيلته التهديد بالايداء بالقتل أو الضرب . فيقبل الشخص العقد تفاديا للألم المستقبل .

٢٧٨ - عناصر الاكراه :

يشترط لتوافر الاكراه في القانونين المصري واللبناني (م ١٢٧ و ١٢٨ مصري و ٢١٠ الى ٢١٢ موجبات) توافر عنصرين : أولهما أن يمت في نفس المكره رهبة قائمة على أساس . وثانيهما أن يكون بمث هذه الرهبة حاصلادون حق ، أي عدم مشروعية الرهبة .

٢٧٩ - العنصر الاول - بعث الرهبة :

الرهبة التي التي تفسد الرضا يكون مبعثها عادة التهديد بالحاق

الأذى بالنفس بالقتل مثلا ، أو الجسم بالضرب أو التعذيب ، أو بالمال بالأتلاف أو الحرق .. الخ أو بالسمة بالتشهير .

ولا يشترط لبث الرهبة وفساد الرضا أن يكون التهديد بالحق الأذى خاصا بشخص التعاقد أو بماله أو بشرفه ، بل ان التهديد بالحق الأذى بشخص عزيز على التعاقد ممن تربطه به رابطة القرابة أو النسب أو الصداقة قد يولد في نفس التعاقد مثل هذه الرهبة التي تحمله على التعاقد .

ويشترط في الرهبة حتى تفسد الرضا أن تكون قائمة على أساس ، والرهبة تكون قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف المكره أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو غيره ، أي يشترط في الخطر - وهو مبث الرهبة - أن يكون جسيما وأن يكون محققا أي وشيك الوقوع .

وقد يكون مصدر الرهبة الشوكة أو النفوذ الأدبي الذي لشخص على شخص آخر اذا تجاوز صاحب النفوذ استغلال نفوذه .

٢٨٠ - العنصر الثاني - عدم مشروعية الرهبة :

لا يعتبر الاكراه عيبا في الرضا الا اذا كان غير مشروع . والاكراه يكون مشروعا أو غير مشروع بحسب الفرض منه . فاذا كان الفرض منه حصول المكره على ما ليس له حق فيه كان غير مشروع ، كمن يهدد آخر بالتشهير به ان لم يدفع له مبلغا من المال . أما اذا كان الفرض منه مشروعا ، أي كان الفرض منه هي حصول الشخص على حق له ، فان الاكراه لا يفسد الرضا ، كتهديد امرأة لخليطها بالتشهير به عند خطيبته ان لم يوضحها عن الضرر الذي أصابها بسبب العلاقة السابقة بينهما .

٢٨١ - انبعاث الرهبة عن الاكراه صادر من الغير او من ظروف تهيات مصادفة:

الأصل في الاكراه المفسد للرضا ان يكون صادرا من التعاقد الآخر ، فان كان صادرا من أجنبي عن العقد فلا يفسد الرضا في القانون المصري الا اذا كان متصلا بالعقد الآخر المستفيد منه ، بأن كان يعلم به أو كان من المفروض حتما علمه به (١) .

وقد لا يصدر الاكراه من شخص ما بل تولده الظروف مصادفة ، فيستغل أحد المتعاقدين هذه الظروف للضغط على ارادة التعاقد الآخر الذي وقع تحت تأثيرها، كشخص يصاب في حادث بعيد عن العمران ، فيرفض آخر نقله الا اذا تعهد بدفع مبلغ كبير من المال .

المطلب الرابع

الاستغلال

٢٨٢ - الاستغلال والغبن :

الاستغلال والغبن هو عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد ، أي عدم التعادل بين ما يبذله التعاقد وما يأخذه ، واذا نظر الى عدم التعادل من الناحية المادية سمي غبنا (Lésion) ، واذا نظر اليه من الناحية النفسية سمي استغلالا (exploitation) .

٢٨٣ - عناصر الاستغلال :

باستقراء أحكام القانونين المصري واللبناني (م ١٢٩ مدني و ٢١٤ موجبات) يتضح أنه يجب توافر عنصرين تربط بينهما رابطة السببية

(١) لا يشترط في القانون اللبناني في الاكراه الصادر من الغير ان يكون التعاقد المستفيد منه على علم به .

حتى يمكن الطعن في العقد على أساس الاستغلال ، وأحد هذين العنصرين مادي أو موضوعي ، والآخر نفسي أو ذاتي .

٢٨٤ - العنصر المادي :

العنصر المادي هو فقدان التعادل بين قيمة ما يأخذه المتعاقد وبين قيمة ما يعطى ، وهذه القيمة تقدر باعتبار حال المتعاقد وقت التعاقد ، أي باعتبار ظروفه الشخصية ، فإذا كان غاويا يرغب في الحصول على تحفة ، ويقبل على شرائها بالرغم من أن قيمتها المادية لا تعادل الثمن المطلوب فلا يعتبر مغبونا . لأن الاستغلال يتطلب أن يكون المغبون عاجزا عن تقدير قيمة ما يعطى وقيمة ما يأخذ بسبب ظروفه الخاصة كالطيش البين أو الهوى الجامح .

وعدم التعادل بين الالتزامات لم يرمز اليه المشرع برقم معين ، بل ترك للقاضي تقديره بالنظر الى ظروف التعاقد وشروط العقد .

والاستغلال كما قد يقع في عقود المعاوضات ، قد يقع كذلك في أعمال التبرعات كالهبة أو الوصية ، لأن أعمال التبرعات فاقدة بطبيعتها لعنصر التعادل أي للعنصر المادي ، لأن المتبرع يعطى ولا يأخذ ، فإذا اضيف الى هذا العنصر ، العنصر الثاني وهو العنصر النفسي ، بأن استغل ما في المتبرع من ضعف ، تحقق عيب الاستغلال .

٢٨٥ - العنصر النفسي :

العنصر النفسي هو استغلال التعاقد لما في المغبون من نقص ، وقد قصرت المادة ١/١٢٩ مدني حالات النقص على الطيش البين أو الهوى الجامح فقط ، أما المادة ٢١٤ موجبات فتصرفه الى حالات الضيق أو الطيش أو عدم الخبرة .

والعيش مرض في الشخص يمنعه من البصر بعواقب الأعمال وتقدير ما فيها من غبن .

وانهوى الجامع رغبة شديدة تقوم في نفس الشخص ، ونو لم يكن معروفا بانضيش ، تفقده دون أن يدري سلامة انحكم على أعمال معينة هي موضوع هذه الرغبة . كأن يتزوج رجل طاعن في السن امرأة شابة . تستغل هواه لكي يبره لصالحها عقودا تضر بأولاده .

والغشيق يكون عادة ماليا أو اقتصاديا ، مستمرا أو مؤقتا ، حقيقيا أو صوريا يتوهمه العاقد ، وهو كمن قد يلم بالشخص الطبيعي قد يلم بالشخص المعنوي .

وعده الخبرة هو الجهل بالأمور ، كالجهل بالاعدات التجارية أو الحرفية أو الاجتماعية وهو ليس وقفا على غير المتعلم ، لأن الشخص المثقف اذا خرج عن دائرة نشاطه العادية ، فقد الخبرة اللازمة لبصر بنتائج الأعمال .

وسواء كان النقص الذي بالمغبون طيشا بينا أو هوى جامعا ، أو ضيقا . أو عده خبرة ، فيجب أن يكون معلوما من الضرف الآخر وأن يقصد استغلاله .

٢٨٦ - جزء الاستغلال :

جزء الاستغلال في القانون المصري يتمثل في أحد أمرين هما :
القابلية للإبطال أو انقاص التزامات التعاقد المغبون . ويسقط الحق في إقامة الدعوى بأي من هذين الجزأين اذا مضت سنة على تاريخ العقد .
أما في القانون اللبناني فالجزء هو ابطال العقد ، كما هو الأمر

بالنسبة لباقي عيوب الرضا ، وتنقضي الدعوى بنفس المدة المقررة لانقضاء الحق في باقي العيوب وهي عشر سنوات من وقت انكشاف العيب أو انقطاعه .

٢٨٧ - حالات الغبن المادية :

بجانب الاستغلال توجد حالات أخذ فيها المشرع بفكرة الغبن المادية ، وفي هذه الحالات تقوم قيمة الشيء وفقا لقانون العرض والطلب دون نظر الى ظروف التعاقد .

وهذه الحالات يتناولها المشرع بنصوص خاصة ، من ذلك حالة بيع عقار غير كامل الأهلية في القانون المصري (٢٥٠ مدني) ، وحالة مجاوزة سعر الفائدة (٢٢٧ / ١ مدني) . ففي الحالة الأولى إذا كان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل . وفي الحالة الثانية إذا اتفق على فوائد تزيد على ٧ ٪ / يجب تخفيضها الى هذا الحد .

الفرع الثاني

الحل

٢٨٨ - التعريف بالحل :

محل الالتزام هو ما يتعهد به المدين . وعادة يقال أن محل الالتزام أما أن يكون اعطاء شيء كنقل ملكية أو ترتيب حق عيني تبقي كرهن على شيء ، وأما أن يكون القيام بعمل كالالتزام مقاول ببناء منزل ، وأما بامتناع عن عمل كالالتزام بائع المتجر بالامتناع عن مزاوله نفس التجارة في الجهة الكائن فيها المتجر المبيع .

وتقسيم محل الالتزام الى هذه الأنواع الثلاثة محل نظر ، لأنه في الالتزام باعطاء ، يلتزم المدين فقط بالقيام بعمل هو اتمام الاجراءات اللازمة لنقل أو ترتيب الحق كالقيام باجراءات التسجيل ، أما الحق نفسه فإنه ينتقل أو يترتب بحكم القانون . ولذا فالأصح أن يقال أن محل الالتزام هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

٢٨٩ - شروط المحل - احالة :

يشترط في محل الالتزام سواء كان عملا أو امتناعا عن عمل توافر شروط معينة نص عليها المشرع (م ١٣١ - ١٣٥ مدني و ١٨٦ - ١٩٢ موجبات) . وهذه الشروط هي : أولا - أن يكون موجودا أو ممكنا . ثانيا - أن يكون مميّنا أو قابلا للتعيين . ثالثا - أن يكون مشرعا (١) .

الفرع الثالث

السبب

٢٨٩ مكرر - سبب العقد وسبب الالتزام :

سبب العقد هو ما يدفع الشخص الى التعاقد ، والدافع أو الباعث على التعاقد ليس واحدا بالنسبة لمختلف العقود ، بل هو ليس واحدا بالنسبة للعقد الواحد لأنه يختلف باختلاف العقد ، فقد يقتض شخص لسداد دين عليه ، ويقتض آخر لشراء عين يرغب فيها ، ويقتض ثالث للقيام برحلة ... وهكذا يختلف سبب العقد أي الدافع الى التعاقد باختلاف شخص التعاقد .

(١) راجع البند ١٩٧ وما بعده .

أما سبب الالتزام أي ما يحمل الشخص على الالتزام فهو واحد لا يتغير في كل نوع من أنواع العقود ، ففي البيع مثلا سبب التزام المشتري بدفع الثمن الى البائع هو التزام البائع بتسليم البائع اليه . وسبب التزام البائع بتسليم البائع الى المشتري هو التزام المشتري بدفع الثمن له ، أي أنه في جميع البيوع سبب التزام البائع أو سبب التزام المشتري واحد لا يتغير .

وعلى هذا النحو يقل أنه في العقود التبادلية كالبيع والايجار سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر . وفي العقود الملزمة لجانب واحد كالتبرع غير المجرة ، سبب التزام المودع لديه بالرد : هو التسليم . وفي التبرعات سبب التزام المتبرع هو نية التبرع .

٢٩٠ - شروط سبب العقد :

يستتر في سبب العقد أي الباعث الدافع الى التعاقد أن يكون مشروعاً . أي ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب : فمن يهب امرأة مالا بفرض ايجاد علاقة جنسية غير مشروعة يكون عقد الهبة الصادر منه باطلا .

٢٩١ - شروط سبب الالتزام :

يشترط في سبب الالتزام أن يكون موجوداً ، فإذا تخلف السبب بطل الالتزام ، والسبب في عقود التبرع هو نية التبرع ، وفي العقود العينية هو واقعة تسليم الشيء ، وفي العقود الملزمة للجانبين هو التزام كل طرف ، فإذا لم يوجد السبب في أي من هذه العقود بالمعنى السابق بطل العقد . ومن الأمثلة على انعدام السبب ما يسمى « بسند المجاملة » (effet de complaisance) وصورته أن يحتاج شخص الى مبلغ من المال ، فيلجأ

الى صديق له ، فيوقع له هذا الصديق سنداً بمديونيته حتى يستطيع الحصول على قيمته عن طريق تحويله ، على أن يورد قيمته الى موقع السند عند حلول ميعاد الدفع حتى يستطيع الوفاء بقيته لحامل هذا السند ، فهنا سبب الالتزام غير موجود ، ويمكن الاحتجاج بعدم وجوده فيما بين المدين ودائنه الصوري .

الفرع الرابع جزاء الاخلال بركن من اركان العقد

٢٩٢ - الصحة والبطان المطلق والبطان النسبي :

يمكن التفرقة فيما يتعلق بالعقد بين حالات ثلاث هي : الصحة ، والبطان المطلق ، والبطان النسبي .

والحالة الأولى وهي الصحة تقوم اذا توافرت للعقد جميع أركانه من رضا ومحل وسبب وشكل اذا كان من العقود الشكلية كالهبة ، وتوافر في كل ركن من هذه الأركان الشروط التي يتطلبها القانون .

والحالة الثانية وهي حالة البطان المطلق وتحقق اذا نقص العقد ركن أو أكثر من أركانه ، بأن كان الرضاء معدوماً ، أو كان المحل مستحيلاً أو غير معين أو غير مشروع ، أو كان سبب الالتزام غير موجود ، أو كان سبب العقد غير مشروع ، أو كانت الشكلية غير متوافرة حيث يتطلب القانون توافرها .

والحالة الثالثة وهي حالة البطان النسبي وتحقق اذا نقص العقد شرط من شروط الصحة بأن كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية أو كانت ارادته معيبة بعيب من عيوب الرضا وهي : الغلط والتدليس (الخداع) والاكراه (الخوف) والاستغلال .

٢٩٢ - من له التمسك ببطلان :

ترجع علة بطلان العقد بطلافا مطلقا الى عدم توافر ركن من أركانه ، أي ترجع الى انعدام العقد قانونا . وما دامت علة البطلان راجعة الى عدم قيام العقد ، فيجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، كما يجوز لكل من الطرفين ولكل صاحب مصلحة التمسك به .

والمقصود بصاحب المصلحة هنا من له حق يؤثر فيه اتخاذ المقدم الباطل مظهر العقد الصحيح ، وهذا هو الدائن ، والخلف العام كالوارث ، والخلف الخاص كالمشتري . فالدائن مثلا له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف الصادر من مدينه لأن مثل هذا التصرف إذا لم يقرر بطلافه سيؤثر في الجانب الإيجابي من ذمة المدين بالانتقاص منه . والخلف العام كالوارث له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف من المورث لرد العين المتصرف فيها الى التركة ، والخلف الخاص كالمشتري له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف السابق صدوره من البائع في شأن العين المبيعة حتى تخلص له هذه العين .

أما العقد القابل للإبطال فلم تقرر قابليه إبطاله الا لعله توافرت في جانب أحد المتعاقدين ، وهي نقص في أهليته أو عيب في رضاه ، ولذا يكون لهذا المتعاقد وحده دون المتعاقد الآخر طلب إبطال العقد (م ١٣٨ مدني و ٢٣٤ موجبات) ، وإذا توفي هذا المتعاقد قبل مباشرة حقه في طلب البطلان انتقل هذا الحق الى ورثته .

٢٩٤ - الإجازة :

الإجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد يزيل به المتعاقد عينا في العقد ينوله الحق في طلب إبطاله ، ويسمى القانون اللبناني التأييد ،

وهي بهذا المعنى لا تلحق الا العقود القابلة للإبطال ، لأن العقد القابل للإبطال له وجود قانوني ويرتب كافة آثاره حتى يتقرر ابطاله فتزول هذه الآثار بأثر رجعي ، أو يثبت وجوده نهائيا بالاجازة ، فيعتبر صحيحا من وقت انعقاده وليس من وقت صدور الاجازة .

ويشترط في الاجازة أن تصدر بعد زوال العيب ، أي بعد بلوغ القاصر سن الرشد أو انكشاف الفلظ أو انقطاع الاكراه مثلا والا لحقها نفس العيب ، كما يجب أن يكون المجيز عالما بالعيب اللاحق بالعقد وراغبا في تصحيحه .

٢٩٥ - التقادم :

الأصل أن العقد الباطل بطلانا مطلقا عدم ، والمعدم لا يمكن بمشه ولهذا فإن الدفع ببطلان العقد لا يتقادم مهما طالت المدة ، فمثلا اذا كان عقد البيع باطلا بطلانا مطلقا ، ولم يكن البائع قد نفذ التزامه بتسليم المبيع ، ورفع عليه المشتري دعوى طالبا فيها التسليم ، فيستطيع البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان عقد البيع مهما مضى على العقد من زمن .

وقد كان يجب أن يكون الأمر كذلك بالنسبة لدعوى البطلان ، الا ان المشرع استجاب لمقتضيات الأمن المدني في المعاملات والتي تتطلب المحافظة على الأوضاع التي تمت واستقرت بمضي الزمن ، ولذا قرر سقوط دعوى البطلان بمضي المدة ، وهذه المدة هي خمس عشرة سنة من وقت العقد في القانون المصري (١٤١٠ مدني) ، وعشر سنوات في القانون اللبناني (م ٣٤٩ موجبات) .

أما العقد القابل للإبطال فهو عقد موجود ومرتب لكافة آثاره حتى يقضي ببطلانه ، ولذا يجب على من له الحق في التمسك باطلاله أن يستعمل

حقه في خلال المدة التي حددها القانون ، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يستعمل صاحب الحق حقه في طلب الإبطال اعتبر متنازلاً عن حقه ، ولذا يتمتع عليه بعد ذلك أن يتمسك بالإبطال بطريق الدعوى أو بطريق الدفع . ومدة التقادم تختلف في القانون المصري باختلاف سبب الإبطال ، فإذا كان سبب الإبطال نقص أهلية العاقد ، فإن الحق في التمسك بالإبطال ينقضي بمضي ثلاث سنوات من وقت بلوغ سن الرشد .

وإذا كان سبب العيب اللاحق بالعقد هو الإكراه أو الغلط أو التدليس ، فإن دعوى الإبطال تتقدم أما بمضي ثلاث سنوات من وقت انقطاع الإكراه أو انكشاف الغلط أو التدليس ، وأما بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد ، والعبرة في ذلك بأقصر الأجلين ، فمثلاً إذا كان العيب اللاحق بالعقد هو التدليس ولم ينكشف إلا بعد مضي ثلاث عشرة سنة من تاريخ العقد ، فإن الحق في الإبطال يسقط بتمام الخمس عشرة سنة ، أي بمضي الستين الباقيتين لهذه المدة ، وليس بمضي ثلاث سنوات من وقت انكشافه .

أما بالنسبة للاستغلال فقد قرر المشرع المصري مدة أقصر من المدة المقررة في شأن باقي عيوب الإرادة ، إذ نص في المادة ١٢٩ مدني على وجوب رفع الدعوى في خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة .

أما في القانون اللبناني فمدة تقادم دعوى الإبطال هي عشر سنوات تبدأ من اليوم الذي يزول فيه العيب (م ٢٣٥ موجبات) .

٢٩٦ - اثر تقرير البطلان :

إذا تقرر بطلان العقد سواء كان مطلق البطلان أو قابلاً للإبطال ، اعتبر العقد كأن لم يوجد ، فإذا لم يكن تنفيذه قد تم بعد من أي من

المتعاقدين ، اعتبر الوضع السابق على التعاقد قائما بينهما ، فلا دائن هناك ولا مدین . أما اذا كان العقد قد تم تنفيذه قبل تقرير البطلان فيجب رد المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ، فاذا كان العقد يبعث مثلاً رد المشتري المبيع الى البائع مع الثمار ، ورد البائع الثمن الذي قبضه مع القوائد .

واذا كان الرد مستحيلاً لهلاك العين في يد المشتري ، أو لأن العقد من عقود المدة كالإيجار ، وكان المستأجر قد انتفع بالعين المؤجرة قبل تقرير البطلان ، وجب الحكم بتعويض معادل . ولا يستثنى من هذه القاعدة الا ناقص الأهلية ، فاذا أبطل العقد لنقص أهليته فلا يرد الا ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (م ١٤٢ / ٢ مدني) ، كما لو اشترى بالثمن الذي قبضه عقاراً . أما اذا كان قد أفققه في اللهو فلا يلزم بالرد .

واذا كان المشتري بعقد باطل قد تصرف في العين التي اشتراها بالبيع الى شخص آخر مثلاً ، فانه يترتب على بطلان سند المشتري الأول بطلان سند المشتري الثاني : ويتعين على هذا الأخير رد العين الى مالكها الأصلي . غير أن هذا المبدأ تحد منه القواعد الخاصة بحماية الغير حسن النية ، سواء تعلق حق الغير بمنقول أو بعقار .

فاذا تعلق حق الغير بمنقول فيمكن الاستفادة من قاعدة الحيابة في المنقول بحسن النية سند الملكية لحماية هذا الغير (م ٩٧٦ مدني) ، واذا تعلق بعقار فيمكن الاستفادة من قاعدة وجوب شهر دعوى البطلان للاحتجاج بالحكم الصادر فيها في مواجهة الغير ، فاذا لم تشهر دعوى البطلان فلا يحتج بالحكم الصادر فيها في مواجهته ويظل العقار ملكاً له .

الفصل الثاني

نطاق العقد

أو

نسبة أثر العقد

٢٩٧ - قصور حكم العقد على عاقبيه :

إذا استجمع العقد أركانه ، وتوافرت في كل ركن شروطه ، انعقد العقد صحيحا وترتبت عليه آثاره . وآثار العقد تتحدد من حيث نطاقها بطرفيه ، فلا تنصرف الى الغير ، وهذا ما يعرف بقصور حكم العقد على العاقدين أو بنسبة آثار العقد .

ولكن ما المقصود بكلمة طرف العقد ، هل يقتصر مدلول هذه الكلمة على العاقد نفسه أم ينصرف كذلك الى خلفائه ؟ للإجابة على هذه الأسئلة ستناول بالبحث أولا أثر العقد بالنسبة الى الخلف ، وثانيا أثر العقد بالنسبة الى الغير .

الفرع الأول

أثر العقد بالنسبة الى الخلف

٢٩٨ - الخلف العام والخلف الخاص :

لا يقتصر أثر العقد على العاقد ، سواء باشر العقد بنفسه أم بواسطة

نائب عنه : بل ينصرف كذلك الى خلفائه : وهم من يمثلهم في العقد .
والخلف اما أن يكون خلفا عاما ، واما أن يكون خلفا خاصا .

والخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها ، وهذا هو
الوارث لكل التركة ، أو من يخلفه في جزء منها باعتبارها مجموعة مالية :
وهذا هو الوارث لجزء من التركة أو الموصي له بحصة بها كالثالث أو
الرابع .

وظاهر من التعريف السابق للخلف العام ، أن الشخص لا تلحق به
هذه الصفة الا في حالة وفاة السلف فقط .

أما الخلف الخاص فلا يخلف السلف في جملة ذمته المالية أو في حصة
منها كالثالث : بل يخلفه في حق عيني على شيء معين أو في ملكية شيء
معين : كالمشتري : والموهوب له ، والموصي له بعين معينة بالذات .
وستناول فيما يلي الكلام في الخلف العام ثم في الخلف الخاص .

البحث الأول

الخلف العام

٢٩٩ - القاعدة العامة في شأن انصراف أثر العقد الى الخلف العام :

الأصل فيما يتعلق بالخلف العام أنه يخلف السلف في ذمته المالية أو
في حصة منها في كل ما تتناول هذه الذمة من حقوق والتزامات ، ولذا
تنصرف اليه آثار العقود التي عقدها السلف سواء فيما ترتبه من حقوق
أو ما ينتج عنها من التزامات (م ١٤٥ مدني) .

وقاعدة انصراف أثر العقد الذي يعقده السلف الى الخلف العام من
شأنها جواز الاحتجاج على الخلف العام بالتصرف الحقيقي المعقود من

السلف في حالة الصورية ، وبالتاريخ الذي يحمله العقد ولو لم يكن ثابتا .

٢٠٠ - الاستثناءات الواردة على القاعدة :

يستثنى من القاعدة السالفة في شأن انصراف آثار العقد الذي يعقده السلف الى الخلف العام الاستثناءات الآتية :

أولا - اذا اتفق المتعاقدان على قصر آثار العقد عليهما وعدم انصرافها الى ورثة أحدهما كما لو اتفقا في عقد وعد بالبيع على انقضاء العقد في حالة وفاة أحدهما .

ثانيا - اذا كانت طبيعة العقد لا تتفق وانتقال الآثار التي يرتبها الى الخلف العام ، كما هو الأمر في كافة الالتزامات التي يراعى فيها شخصية الماقد ، كالالتزامات التي تترتب على عقود المهندس أو المحامي فيما يتصل بأعمال مهته .

ثالثا - اذا كان هناك نص قانوني يقضي بانقضاء العقد بوفاة الماقد ، من ذلك ما تقرره المادة ١/٩٩٣ مدني من أنه « ينهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يمين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع . وهو ينهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين » . أي أن حق الانتفاع المقرر للمورث على عين ما ، لا ينتقل بوفاته لورثته .

٢٠١ - متى يأخذ الخلف العام حكم الغير بالنسبة الى تصرفات السلف ؟ :

ذكرنا أن القاعدة العامة فيما يتعلق بالخلف العام هي انصراف آثار عقود السلف اليه . غير أن هناك حالة يعتبر فيها الخلف العام من الغير بالنسبة الى تصرفات سلفه ، وهي حالة ما اذا تناولت هذه التصرفات حقه

في التركة ، لأن أحكام الميراث من النظام العام فلا يجوز للمورث الخروج عليها ، ولذا أحاط المشرع حق الوارث بضمانات عديدة بغية حمايته ، من ذلك ما قرره المشرع المصري من عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوها بعد وفاة مورثهم ، وأنه يأخذ حكم الوصية كل تصرف يصدر من المورث في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، وأنه لا يحتج عليهم بتاريخ هذا التصرف إذا لم يكن ثابتا ، وأن لهم إثبات صورية التاريخ العرفي الذي يحمله التصرف بكافة طرق الإثبات .

المبحث الثاني

الخلف الخاص

٢٠٢ - تحديد مركز الخلف الخاص :

ذكرنا فيما تقدم أن الخلف الخاص لا يخلف السلف في ذمة المالية أو في حصة منها ، بل يخلفه في ملكية شيء أو في حق عيني آخر على شيء ، كالمشتري والموهوب له والدائن المرتهن . أما من يتقرر له حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يعتبر خلفا خاصا له ، بل يعتبر دائنا له ، كما هو الشأن في علاقة المستأجر بالمؤجر ، فالمستأجر ليس خلفا للمؤجر بل دائنا له .

والأصل أن الخلف الخاص لا تتصرف إليه آثار العقود التي يعقدها السلف إلا إذا تعلقت بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص ، وبشرط توافر شرطين (١٤٦ مدني) هما :

أولا - أن يكون الحق أو الالتزام الذي رتبته العقد الذي عقده السلف ، من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص .

ويعتبر الحق من مستلزمات الشيء اذا كان مكملًا له كعقود التأمين على المين مثلا ، ويعتبر الالتزام من مستلزمات الشيء اذا كان يعد من حرية الاتقاع به كما هو الشأن في قيود البناء الاتقاعية .

ثانيا - أن يعلم الخلف الخاص بالحق أو الالتزام المعتبر من مستلزمات الشيء الذي انتقل اليه ، ويستوي في ذلك العلم الحقيقي ، والعلم المفترض من شهر العقود الصادرة من السلف .

الفرع الثاني

اثر العقد بالنسبة الى الغير

٢٠٣ - القاعدة العامة في شأن عدم انصراف اثر العقد الى الغير :

القاعدة أن اثر العقد لا ينصرف الى غير الماقد أو من يمثله ، أي لا ينصرف الى الغير الأجنبي عن العقد ، فلا يحمله التزاما ولا يكسبه حقا (م ٢٢٥ موجبات) ، والقاعدة في شقها السلبي أكثر اطلاقا منها في شقها الايجابي ، ولذلك نصت المادة ١٥٢ مدني على أنه « لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا » . وهذه المادة تشير في الواقع الى التمهيد عن الغير باعتباره تطبيقا للجانب السلبي في القاعدة ، والسو الاشرط لمصلحة الغير باعتباره استثناء من الجانب الايجابي فيها .

الببحث الأول

التمهيد عن الغير

٢٠٤ - ماهية التمهيد عن الغير :

التمهيد عن الغير ليس الا تطبيقا للقاعدة العامة في قصور حكم العقد على عاقيه ، فاذا وعد شخص بأن يصل الغير على الالتزام بأمر ونصب نفسه زعيما بذلك ، فلا يكون من اثر هذا التمهيد الزام الغير ، اذ غاية الأمر

ان الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شيء : هو الحصول على اقرار الغير للوعد الذي بذله .

والتعهد عن الغير يقصد به عادة علاج حالة لا يمكن معها الانتظار للحصول على رضا صاحب الشأن ، كما لو عرض شخص على الشركاء المشتاعين شراء المال الشائع بثمن مرتفع ولم يكن أحدهم حاضرا ، فخشية ضياع الفرصة يقبل الشركاء المشتاعون التعاقد عن أنفسهم والتعهد عن شريكهم الغائب بأنه سيقبل البيع .

٢٠٥ - شروط التعهد عن الغير :

يفترض التعهد عن الغير توافر شروط ثلاثة (١٥٣٠ مدني و ٢٢٦ موجبات) هي :

أولا - أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يظل أجنبيا تماما عن هذا التعاقد .

ثانيا - يجب أن يكون الغرض من التعهد الزام المتعهد نفسه لا الزام الغير : اذ الغير لا يلزم الا اذا أقر التعهد ، فان رفضه فلا يكون لمن تعاقد مع المتعهد الا الرجوع على هذا الأخير بالتمويض لعدم تنفيذ التزامه .

ثالثا - يجب أن يكون محل التزام المتعهد هو القيام بعمل ، هذا العمل هو حمل الغير على قبول التعهد . والتزام المتعهد يتميز بأنه ليس التزاما يبذل عناية بل التزاما بتحقيق نتيجة ، بمعنى أنه لا يكفي في تنفيذ التزامه أن يبذل غاية جهده لحمل الغير على قبول التعهد ، بل يجب أن يحصل فعلا على قبوله لهذا التعهد .

٢٠٦ - احكام التعهد عن الغير :

للغير مطلق الحرية في قبول أو رفض التعهد الصادر من المتعهد ،

ولا يترتب على رفضه أية مسؤولية عليه . وإذا قبله ينعقد عقد جديد بين هذا الغير وبين المتعاقد الآخر مع المتعهد ؛ ويستند تاريخ هذا العقد الجديد إلى وقت صدور القبول من الغير وعلم الطرف الآخر به ، فلا يكون له أثر رجعي يترد إلى تاريخ العقد الأول إلا إذا قصد الغير ذلك صراحة أو ضمنا .

وإذا رفض الغير قبول التعهد يكون لمن تعاقد مع المتعهد الرجوع على هذا الأخير بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الرفض .
عنى أنه يجوز للمتعهد أن يتلافى الحكم عليه بالتعويض ، بأن يقوم بالوفاء عينا بالالتزام الذي رفضه الغير قبوله ، إذا كانت طبيعة هذا الالتزام لا تأبى ذلك . بأن كان غير متصل بشخص الغير .

المبحث الثاني

الاشتراط لمصلحة الغير

٢٠٧ - التعريف بالاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير : عمل قانوني يشترط فيه شخص يسمى المسترط . على شخص آخر يسمى المتعهد ، بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع . ومثال ذلك عقد التأمين ، وفيه يتعاقد المستأمن (المسترط) لمصلحة وارث معين أو ورثته (المنتفع) مع شركة التأمين (المتعهد) ، فيكون للوارث أي المنتفع حقا مباشرا قبل شركة التأمين للمطالبة بمبلغ التأمين .

٢٠٨ - شروط قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير :

لكي ينعقد عقد الاشتراط صحيحا يجب أن تتوافر شروط معينة
(م ١٥٤ مدني و ٢٢٧ موجبات) وهي :

أولاً - يجب أن يتعاقد المشتري باسمه هو مع المتهمة ، دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد . ويجب أن تتجه إرادة المشتري والمتهمة إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع أي الاستفادة الذي يظل أجنبياً عن العقد .

ثانياً - لا يشترط في المنتفع إلا أن يكون موجوداً وقت أن يترتب الاشتراط أثره . فإن لم يكن موجوداً في هذا الوقت بطل الاشتراط ؛ ولا يترتب على بطلان الاشتراط بطلان العقد نفسه الذي تضمن هذا الاشتراط . بل يظل صحيحاً وتحول الفائدة التي يحققها إلى المشتري أو ورثته . مثال ذلك عقد تأمين لمصلحة ولد المؤمن له ؛ فإن مات دون ولد انتقل الحق في مبلغ التأمين إلى ورثته كجزء من تركته .

ثالثاً - يجب لصحة الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشتري مصلحة شخصية في الاشتراط لغيره ؛ وهذه المصلحة قد تكون مادية أو أدبية . ومثال المصلحة المادية أن يشترط البائع على مشتري العقار الموهون دفع الثمن للدائن المرتهن . ومثال المصلحة الأدبية أن يعقد الشخص تأميناً لمصلحة ولده ؛ ويتوسع الفقه والقضاء في تصوير فكرة المصلحة الأدبية حتى أنه يذهب إلى أن في مجرد الاشتراط لمصلحة الغير ما يفترض وجودها .

٢٠٩ - آثار الاشتراط لمصلحة الغير :

يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير قيام ثلاثة أنواع من العلاقات القانونية وهي : العلاقة بين المشتري والمتهمة ، والعلاقة بين المشتري والمنتفع ، وأخيراً العلاقة بين المتهمة والمنتفع ، وسنبعث فيما يلي في كل من هذه العلاقات .

٢١٠ - علاقة المشتري والمتهمة :

يحكم العلاقة بين المشتري والمتهمة العقد الذي تم بينهما ، وقد يكون هذا العقد هبة مع تكليف مقرر على المتهمة لمصلحة المنتفع ، أو عقد

تأمين على الحياة يكون المشروط هو المؤمن له ، والمتعهد هو شركة التأمين ،
والمنتفع هو المستحق لمبلغ التأمين .

والمشروط بموجب المصلحة المادية أو الأدبية التي له في الاشتراط
أن يراقب تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع ؛ فان قصر في ذلك كان له
لمطالبة بالتنفيذ أو بالتعويض أو بالفسخ .

٢١١ - علاقة المشروط بالمنتفع :

تحدد علاقة المشروط بالمنتفع بالدافع الى الاشتراط ؛ فقد يكون
هذا الدافع هو قصد التبرع من جانب المشروط للمنتفع ؛ أو قصد انهاء
أو انشاء علاقة معارضة بينهما .

فاذا كان المقصود من الاشتراط هو التبرع للمنتفع ، فان الاشتراط
في هذه الحالة يكون في علاقة المشروط بالمنتفع هبة مستترة ، ولذا لا يخضع
لشروط الشكلية في الهبة ، وان خضع لشروطها الموضوعية من وجوب
توافر أهلية التبرع في المشروط .

٢١٢ - علاقة المتعهد بالمنتفع :

يكتسب المنتفع كما سبق أن ذكرنا حقا مباشرا من عقد الاشتراط
الذي تم بين المشروط والمتعهد ، ولذا يصبح دائنا شخصيا للمتعهد ، له
مطالبته بتنفيذ التزامه ، والرجوع عليه بالتعويض في حالة امتناعه . ولكن
ليس له أن يطلب فسخ عقد الاشتراط في حالة عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه
لأنه ليس طرفا في العقد .

٢١٣ - حق المشروط في نقض المشروطه :

يستند المنتفع حقه من عقد الاشتراط المبرم بين المشروط والمتعهد ،
وهذا الحق قابل للنقض من قبل المشروط طالما لم يعلن المنتفع رغبته في

لاستفادة من المشاركة ، فإن أعلن قبوله للاشتراط انقضى حق المشتري في النقص .

وإن النقص هذا يعبر حقا شخصا للشرط فلا يجوز لدائنيه أو لورثته مباشرة (١٥٥ مدني و ٢٣١/٢ موجبات) : والعلة في هذا أن الدائن لو خول هذا الحق . فلن يحجم عن استعماله خاصة إذا كان مبنية معبرا . وأن الوارث لن يتردد في مباشرة مدفوعا في ذلك بعامل المصلحة الشخصية . فحماية لحق المنتفع قصر المشرع حق النقص على المشتري نفسه دون دائنيه أو ورثته .

وإذا نقض المشتري المشاركة ، أي نقض حق المنتفع : فقد يحل منتفعا آخر محله . وهم ما يقع عادة في عقود التأمين على الحياة : وقد لا يحل أحدا محله . وفي هذه الحالة يضاف الحق الناشئ من المشاركة إلى المشتري . وينقلب المشاركة إلى عقد عادي .

الفصل الثالث

تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية

٢١٤ - القوة الملزمة للعقد :

يترتب على انعقاد العقد صحيحا نشوء رابطة قانونية بين طرفيه تسمى بالرابطة التعاقدية ، وهي رابطة ملزمة للمتعاقدين الدائنين منهما والمدين ، ويمبر عنها المشرع بقوله « العقد شريعة المتعاقدين » (م ١٤٧ مدني) . ويترتب على هذه الرابطة وجوب تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد من فاحية ، وعدم جواز حل هذه الرابطة بإرادة أحد المتعاقدين فقط الا في حالات خاصة نص عليها المشرع صراحة .

وستتناول في هذا الفصل الكلام في تنفيذ العقد ، وما يترتب على عدم التنفيذ من قيام مسؤولية العاقد ، ثم في أسباب زوال الرابطة التعاقدية .

الفرع الأول

تنفيذ العقد

٢١٥ - تحديد الموضوع :

يلتزم المتعاقد بمقتضى العقد الصحيح بتنفيذ الالتزامات التي

يرتبط هذا العقد في ذمته • وموضوع تنفيذ العقد يشتر مسائل ثلاث هي :
تفسير العقد ، وتحديد مضمونه ، واحترام قانون العقد •

البحث الأول

تفسير العقد

٢١٦ - قواعد التفسير :

تفسير العقد من عمل القاضي ، غير أن المشرع لم يترك للقاضي كامل الحرية في شأن تفسير العقود ، بل ألزمه باتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه عن مهمته الأصلية وهي تفسير العقد ، إلى التعديل فيه • وقد تناول المشرع المصري هذه القواعد في المادتين ١٥٠ و ١٥١ مدني ، كما نص عليها المشرع اللبناني في المواد ٣٦٦ إلى ٣٧١ موجبات •

وبمراجعة المواد السابقة يتبين وجوب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين ثلاث حالات وهي : حالة وضوح عبارة العقد ، وحالة غموض عبارة العقد ، وحالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين •

٢١٧ - وضوح عبارة العقد :

إذا كانت العبارة واضحة وجبان تعد تعميماً صادقا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، ولا يجوز الانحراف عن هذه العبارة عن طريق التفسير أو التأويل ، بل يجب افتراض أن هذه العبارة الواضحة معبرة لحقيقة إرادة المتعاقدين الباطنة •

ولكن قد تكون عبارة العقد ، بالرغم من وضوح لفظها ، مخالفة للإرادة الباطنة ، ويحدث ذلك إذا أساء المتعاقد تخير اللفظ ، بأن اعتقد خطأ أنه يؤدي إلى المعنى الذي قصده ، ولا يتب إلى خطئه إلا عند تنفيذ

العقد ، فيثور النزاع بينه وبين الماقد الآخر على حقيقة المقصود من عبارة العقد ، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي إذا طرح عليه النزاع ألا يقف عند المعنى الحرفي للفظ ، بل يجب عليه البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لتفسير العقد على هداها ، وعلى هذا نصت صراحة المادة ٣٦٦ موجبات •

٢١٨ - غموض عبارة العقد :

إذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو مبهمة بحيث تعتمل ، في جزئياتها أو في جملتها ، أكثر من معنى تمين الالتجاء الى التفسير • ومن العوامل التي يسترشد بها القاضي في تفسير العقد ما أشار اليه المشرع المصري في المادة ٢/١٥٠ مدني من وجوب الاستهداء بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات •

فأما طبيعة التعامل فيقصد به نوع العقد وطبيعته ، وأما الأمانة والثقة فيقصد بهما شرف التعامل في تفهم كل متعاقد للتعبير عن الارادة الصادر من المتعاقد الآخر ، فلا يجوز لأحد المتعاقدين إذا استبان ما في تعبير المتعاقد الآخر من خطأ أو لبس أو قصور أن يستغل هذا النقص في تحقيق فائدة لاحق له فيها ، وأما عرف التعامل فالاعتداد به في تفسير العقد راجع الى افتراض علم المتعاقدين به ، وأن السكوت عن ذكر ما يخالفه قرينة على انصراف نيتها الى العمل بمقتضاه •

وبجانب العوامل السابقة أشار المشرع اللبناني الى عوامل أخرى وهي أن عبارات العقد يفسر بعضها بمضا (م ٣٦٨ موجبات) ، وأنه إذا تحملت عبارة واحدة أكثر من معنى فيجب استبعاد المعنى الذي يجردها من الأثر القانوني (م ٣٦٧ موجبات) •

أخيراً يجوز للقاضي أن يستعين في تفسير العقد بالظروف التي أحاطت بالتعاقد ، وبالطريقة التي أخذ بها المتعاقدان في تنفيذ العقد .

٢١٩ - حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة :

إذا تعذر على القاضي التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالرغم من اعمال قواعد التفسير السابقة الذكر ، تعين عليه في هذه الحالة تفسير الشك في مصلحة المدين (١/١٥١ م مدني و ٣٦٩ موجبات) .

ويمكن رد هذه القاعدة الى أن الأصل هو براءة الذمة ، فإذا ادعى الدائن ما يخالف هذا الأصل تعين عليه اثبات ادعائه بأقامة الدليل على وجود الدين ، وعلى مدى التزام المدين .

وهذه القاعدة واجبة الاتباع ولو كان العقد من العقود التبادلية ، لأن على كل طرف اثبات انشروط الذي يدعي أنه في مصلحته .

٢٢٠ - التفسير في عقود الاذعان :

إذا كانت القاعدة في حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، هو تفسير الشك في مصلحة المدين ، الا أنه في عقود الاذعان، يتعين تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن دائماً كان أم مديناً (٢/١٥١ م مدني) ، لأن الشروط الغامضة ليست من عمله بل من عمل الطرف الآخر الذي يملئ ارادته ويفرض شروط التعاقد ، فإذا كان فيها لبس أو ابهام فمن العدل أن يتحمل هذا الأخير نتيجة تقصيره في ايضاح شروط العقد .

المبحث الثاني

تحديد مضمون العقد

٢٢١ - استكمال العقد :

بعد أن يفرغ القاضي من تفسير العقد ، ينتقل الى تحديد مضمونه

وتحديد مضمون العقد لا يقتصر على ما ورد في العقد وفقا للارادة المشتركة للمتعاقدين ، بل يتناول كذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد ، والى هذا أشارت المادتان ٩٥ و ١٤٨ من التقنين المدني المصري ، والمواد ٢٢١ و ٣٧٠ و ٣٧١ من قانون الموجبات اللبناني .

وباستقراء أحكام هذه المواد يتبين أنه يرجع في استكمال ما نقص من مضمون العقد الى طبيعة الالتزام ، والقانون ، والعرف ، والعدالة .

٢٢٢ - طبيعة الالتزام :

يرجع الى طبيعة الالتزام لتحديد مضمونه ، فمثلا في بيع العقار يعتبر من مستلزمات المبيع مفاتيح المنزل ومستندات التملك والحقوق والدعاوي المرتبطة به ، كحقوق الارتفاق المقررة له .

وفي بيع المنقول نجد تطبيقات عديدة لما يعتبر من مستلزمات الشيء وفقا لطبيعته ، فمثلا بيع جواد أصيل من تاج فحل مشهور يشمل الأوراق المثبتة لصحة سلالة ، وبيع شهادة الاختراع يتضمن اطلاع المشتري على أسرار استعماله ، وبيع الأسهم والسندات يشمل قسائم الأرباح والفوائد ، وبيع مكتب من مكاتب الأعمال أو من مكاتب المحاماة يشمل كافة المستندات وملفات القضايا حتى التي صدرت فيها أحكام نهائية ... وهكذا .

٢٢٢ - القوائين الكلمة والمفسرة :

قد لا يتناول المتعاقدان بالتنظيم كافة المسائل التي يتطلبها التعاقد ، وفي هذه الحالة يتمين على القاضي الرجوع الى القواعد المكملة أو المفسرة التي أوردها المشرع في موضوع العقد باعتبار أن ارادة المتعاقدين قد اتجهت اليها بسكوتهما عن ذكر ما يخالفها . من ذلك ما نص عليه المشرع

في شأن مكان وزمان تسليم المبيع ، ومكان وزمان الوفاء بالتمن : وما يرجع به المشتري على البائع اذا ظهر عيب خفي في المبيع ... وهكذا .

٢٢٤ - الصرف :

كثيرا ما يساعد العرف على تحديد مضمون الالتزام ، من ذلك ما جرى به العرف في شأن التعامل مع بعض المحلات العامة كالفنادق والمقاهي والمطاعم من اضافة نسبة مئوية الى قائمة الحساب مقابل الخدمة . فهذا الذي جرى به العرف يؤخذ في تحديد مضمون التزام العميل ولو لم يذكر له .

٢٢٥ - العدالة :

تعتبر قواعد العدالة الملاذ الأخير للقاضي في تحديد مضمون الالتزام اذا لم تسعفه في ذلك أحكام القانون أو العرف ، من ذلك ما قرره القضاء من وجوب التزام العامل بالمحافظة على أسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل ، وما قرره فيما يتعلق بمقود نقل الأشخاص من تضييق هذه العقود لالتزام ضمان السلامة .

المبحث الثالث

احترام قانون العقد

٢٢٦ - منهج البحث :

يقصد باحترام قانون العقد مراعاة حسن النية في تنفيذ ما يرتبه من التزام ، والوفاء بكل مضمون الالتزام . والنتيجة الطبيعية لهذا المبدأ هي حرمان المتعاقد من الانفراد بنقض أو تعديل العقد ، بل وحرمان القاضي

كذلك من المساس بمضمون العقد . غير أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء خاص بما يسمى بنظرية الظروف الطارئة .

وعلى ذلك ستكلم أولا في القاعدة العامة في شأن قانون العقد ، ثم في الاستثناء أي في نظرية الظروف الطارئة .

المطلب الأول

القاعدة العامة في شأن قانون العقد

٢٢٧ - مضمون القاعدة :

تنص المادة ١/١٤٧ مدني على أن « العقد شرعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون » . وتقضي المادة ١/١٤٨ مدني بأنه « يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ، وبطريقة تنفق مع ما يوجبه حسن النية » ^(١) .

وظاهر من هاتين المادتين أن القاعدة هي وجوب النزول على حكم قانون العقد في تنفيذ ما اشتمل عليه ، ويكون ذلك : أولا عن طريق امتناع كل طرف من طرفه عن التصدي للعقد بالنقص أو التعديل ، وثانيا بمرعاة حسن النية في تنفيذ ما رتبته من التزامات .

٢٢٨ - التزام قانون العقد في عدم جواز نقضه أو تعديله الا بالاتفاق :

العقد وليد الاتفاق وعلى ذلك لا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق

(١) راجع المواد ٢٢١ و ٢٤٥ و ٢٤٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

آخر ، أو بعبارة أخرى أنه ليس لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد أو تعديله إلا أن يكون قد أذن في ذلك من التعاقد الآخر أو من المشرع في الحالات الخاصة التي يحددها بنص صريح ، من ذلك جواز رجوع الواهب في الهبة إذا رزق ولدا (م ٥١٠ / ج مدني و ٣ / ٥٢٤ موجبات) .

وقاعدة احترام قانون العقد لا تلزم المتعاقدين فقط ، بل والقاضي كذلك ، فليس للقاضي أن يخرج على قانون العقد فينقض ما اتفق عليه المتعاقدان أو يعدل في مدى التزاماتهم إلا في الحالات الخاصة التي أجاز له المشرع فيها ذلك .

٢٢٩ - مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد :

تخضع العقود جميعا سواء فيما يتعلق بانعقادها أو تحديد مضمونها أو كيفية تنفيذها لمبدأ حسن النية ، ولذا يعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في القانون الحديث . واحترام هذا المبدأ لا يفرض على المدين فقط في تنفيذ التزامه : بل وعلى الدائن في اقتضاء حقه ، فمما يتعارض مع مبدأ حسن النية أن يعتمد الدائن عدم استيفاء الدين حتى يستمر سريان الفوائد في ذمة المدين .

المطلب الثاني

نظرية الظروف الطارئة

٢٣٠ - الحاجة الى النظرية:

يتعرض المدين اذا لم يكن العقد واجب النفاذ حال انعقاده ، الى احتمال تغير ظروف التعاقد عند التنفيذ عما كانت عليه وقت الانعقاد ، وهذا الاحتمال كما قد يكون نافعا له قد يكون ضارا به ، كما لو كان

العقد من عقود التوريد فارتفعت الأسعار لطرف طارئ. كالحرب مثلا بحيث أصبح السعر الذي يحصل به المدين على السلعة الملزم بتوريدها أكبر من السعر الذي يبيع به في عقد التوريد . ونفى هذا الاحتمال كما قد يوجد في جانب المدين قد يوجد في جانب الدائن ، كما لو كان العقد من عقود الإيجار الطويلة المدة وانخفض سعر العملة ، فأصبحت الأجرة المتفق عليها لا تكفي لتغطية مصاريف صيانة العين المؤجرة ، وطبيعي أنه في الحالتين سيفضار المتعاقد ، فرفعاً لهذا الضرر اتجه الفكر القانوني الى ايجاد نظرية الظروف الطارئة والتي من شأنها رد الالتزام المرهق بسبب تغير الظروف الى الحد المقبول .

٢٢١ - شروط الاخذ بالنظرية :

تنص المادة ١٤٧/٢ مدني على أنه « ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد لالزام المرهق الى الحد المقبول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

وظاهر من هذا النص أن لنظرية الظروف الطارئة شروط معينة ينبغي توافرها لكي يطبق حكمها ، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : أن يكون العقد المراد اعمال النظرية في شأنه من العقود المتراخية التنفيذ ، سواء كان العقد من أصل طبيعته من عقود المدة أي من العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ ، أم كان من العقود الفورية ولكن كان تنفيذه مؤجلا (١) .

(١) لا تنصرف هذا لنظرية الى عقد القرض (م ١٢٤ مدني) .

الشرط الثاني : أن يطرأ بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام كحرب أو ثورة أو زلزال أو اضطراب مفاجيء أو قيام تسعيرة أو الغاؤه... الخ . وعلى هذا الأساس يجب استبعاد الظروف الخاصة بالمدين كمرضه أو إفلاسه .

الشرط الثالث : أن يكون الحادث الاستثنائي العام غير متوقع وغير مستطاع دفعه .

الشرط الرابع : أن يؤدي الحادث المفاجيء الى جمل الالتزام مرهقا للمدين دون أن يصل الأمر الى حد استحالة تنفيذه .

٢٢٢ - سلطة القاضي وفقا لهذه النظرية :

إذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة جاز للقاضي تعديل العقد، والتعديل يكون برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . ولا قيد على القاضي في تخير نوع التعديل ، فقد يرى انقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل بما يؤدي الى توزيع الخسارة بين الدائن والمدين ، وقد يكون أيضا بوقف تنفيذ العقد بعض الوقت لأن الحادث المفاجيء مقدر له الزوال في زمن قريب ، بشرط ألا يكون في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن .

الفرع الثاني

جزاء عدم التنفيذ

أو

المسئولية العقدية

٢٢٣ - أركان المسئولية :

المسئولية العقدية هي جزاء عدم تنفيذ العقد . وتنفيذ العقد تنفيذا

عينيا واجب اذا كان ذلك ممكنا وطلبه الدائن ، كما لو كان محل الالتزام مبلغا من النقود .

غير أنه في بعض الأحيان قد لا يكون تنفيذ الالتزام عينيا من الأمور الممكنة ، وذلك اما لهلاك محله اذا كان التزاما باعطاء شيء ، أو لضرورة قيام المدين به طوعية اذا كان التزاما بعمل . أو لسبق وقوع المخالفة اذا كان التزاما بامتناع عن عمل . وفي جميع هذه الصور لا يكون أمام الدائن الا المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية . ولكن لكي تقوم هذه المسؤولية لا بد من توافر أركان ثلاثة هي : الخطأ ، والضرر ، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر .

٢٢٤ - الخطأ :

يتوافر الخطأ اذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا الى فعل المدين . ونسبة وافعة عدم التنفيذ الى فعل المدين هي بيت القصيد في مشكلة اثبات الخطأ العقدي . ويتعين هنا التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية .

ففي النوع الأول يكفي أن يثبت الدائن عدم تحقق النتيجة حتى يفترض أن ذلك يرجع الى خطأ المدين . كأن يثبت العميل عدم وصول البضاعة في الموعد المتفق عليه .

وفي النوع الثاني يجب على الدائن اثبات أن المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه العناية الكافية . وتقاس هنا بعناية الشخص العادي ، كعدم عناية المودع عنده بالوديعة فان أثبت ذلك قام الدليل على خطأ المدين .

٢٢٥ - الضرر :

لا بد من أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب الدائن حتى يكون له الحق في التويض . والضرر قد يكون ماديا يصيب الانسان في جسده أو ماله ، وقد يكون أدبيا يصيب الشخص في مشاعره ، كالآلم الذي يصيب الشخص من جراء فقد عزيز عليه ، أو من جراء خدش شرفه .

والضرر يجب أن يكون محققا ، وهو يكون محققا اذا كان حالا أي وقع فعلا ، أما اذا كان مستقبلا ، فقد يكون محقق الوقوع وقد يكون محتملا ، فان كان محتملا فلا يجوز طلب التويض عنه في الحال .

ويتصل بالضرر المحتمل ما يسمى بفوات الفرصة ، كما لو قصر أحد المحامين في رفع استئناف عن حكم في الميعاد ، فضاعت على موكله فرصة كسب القضية . وفي هذه الصورة اذا كان موضوع الفرصة أمرا احتماليا بالنسبة للموكل ، الا أن تعويت الفرصة نفسها ضرر محقق ، ولذا يتمين التويض عن فواتها ، ويراعى في تقدير هذا التويض مدى احتمال كسب القضية .

٢٢٦ - علاقة السببية :

لا يكفي لقيام المسؤولية توافر الخطأ والضرر ، بل لا بد من وجود علاقة سببية بين الاثنين ، أي أن يكون الضرر نتيجة للخطأ ، لأنه قد يحدث أن يقع الخطأ وأن يقع الضرر ، ولكن لا يكون الضرر راجعا الى الخطأ بل الى أمر آخر كالقوة القاهرة أو فعل الغير الذي لا يسأل عنه المدين ، وفي مثل هذه الحالة تتقى مسؤولية المدين .

الفرع الثالث زوال الرابطة التعاقدية

٢٢٧ - أسباب زوال الرابطة التعاقدية :

تزول الرابطة التعاقدية بالانقضاء كما لو كان العقد من عقود المدة كالإيجار وانقضت المدة ، أو بالابطال كما لو كان العقد مشوباً بعيب من عيوب الإرادة وحكم يبطلانه ، أو بالرجوع كما لو كان لأحد المتعاقدين العدول عن العقد كما في الهبة ، أو بالقسح كما لو امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه فيكون للمتعاقد الآخر طلب القسح .

وستتناول فيما يلي بحث فسخ العقد ، ثم افساخ العقد وما ينبني عليه من تحمل التبعة ، وأخيراً الدفع بعدم التنفيذ .

المبحث الأول فسخ العقد

٢٢٨ - التعريف بالفسخ :

الفسخ هو حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين في أن يطلب حل الرابطة التعاقدية إذا قصر المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه (م ١٥٧ مدني و ٢٤١ موجه) . ذلك أن للمتعاقد أن يطالب بالتنفيذ الميني إذا كان ممكناً أو أن يطالب بفسخ العقد ، أو أن يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية .

وستتناول في دراستنا للفسخ البحث في شروطه ، وكيفية تقريره ، وآثاره .

المطلب الأول

شروط الفسخ

٢٣٩ - بيان الشروط :

لا يقع الفسخ الا اذا توافرت شروط ثلاثة وهي : أولا - أن يكون العقد من العقود التبادلية . ثانيا - ألا يكون ضالبا لفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه وأن يكون قادرا على إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد . ثالثا - أن يكون الطرف الآخر قد تخلف عن تنفيذ التزامه .

٢٤٠ - الشرط الأول - ان يكون العقد من العقود التبادلية :

يجب أن يكون العقد من العقود التبادلية . لأن كل طرف في العقد التبادلي جعل من الالتزام المقابل غرضا أي سببا للالتزام : وهذا السبب لا يكون في وجود الالتزام المقابل بقدر ما يكون في تنفيذه . وعلى ذلك اذا لم تنفذ أحد الطرفين التزامه جاز للطرف الآخر اما طلب التنفيذ للحصول على مقابل التزامه . واما طلب الفسخ لاعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد (١) .

٢٤١ - الشرط الثاني - ألا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه وان يكون قادرا على إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد :

يشترط في التعاقد الذي يطالب بفسخ العقد ألا يكون مقصرا في تنفيذ التزامه . بأن يكون قد وفى به أو بالأقل مستعدا للوفاء به - لأن الفسخ

١١ - تنص المادة ١/١٥٧ مدني على انه : في العقود المترمة للجانبين . اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدعي ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه . مع انه - في الحالتين ان كان له مقتضى » .

جزاء على عدم تنفيذ العقد فلا يطالب به الا من اتقى التقصير من جانبه .

كذلك يشترط في طالب الفسخ أن يكون قادرا على إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، لأن الفسخ كما - نرى أثر رجعي يرد به كل متعاقد الى وضعه السابق على التعاقد ، فاذا لم يكن في وسع العاقد تحقيق هذا الأثر امتنع عليه المطالبة بالفسخ .

٢٤٢ - الشرط الثالث - ان يكون احد العاقدین قد تظف عن تنفيذ التزامه :

يشترط أخيرا لطلب الفسخ أن يكون عدم تنفيذ الالتزام راجعا الى فعل المدين . لأن الفسخ كما سبق أن ذكرنا جزاء على اخلال العاقد بالتزامه ، وعلى ذلك اذا كان عدم التنفيذ ليس راجعا الى فعل المدين بل راجعا الى سبب أجنبي كقوة قاهرة فلا نكون أمام فسخ للعقد بل أمام انقضاء له .

ولكن لا يشترط لطلب الفسخ أن يكون المدين قد قصر في الوفاء بجميع التزاماته ، بل للدائن طلب الفسخ ولو كان عدم التنفيذ جزئيا ، كاستناع البائع عن تسليم ملحقات المبيع مثلا .

المطلب الثاني

كيفية تقرير الفسخ

٢٤٢ مكرر - الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي :

الأصل في الفسخ أن يكون قضائيا أي لا يقع الا اذا قضت به المحكمة . غير أنه يجوز للعاقدین الاتفاق على وقوع الفسخ اذا أخل

أحدهما بتنفيذ التزاماته ، وعلى ذلك ستتناول بالدراسة أولا الفسخ القضائي ثم الفسخ الاتفاقي .

١ - الفسخ القضائي

٢٤٢ - كيف يتقرر الفسخ القضائي :

لا يجوز للدائن أن يطالب بالفسخ إلا بعد اعذار المدين مطالبا إياه بالتنفيذ ، وفائدة الاعذار هو إثبات تقصير المدين في الوفاء بالتزامه مما قد يحل القاضي على الاستجابة ، الى طلب الفسخ . ويتم الاعذار وفقا لحكم المادة ٢١٩ مدني اما بالانذار وهو ورقة رسمية من أوراق المحضرين أو بما يقوم مقام الانذار ، وفيما يتعلق بدعوى الفسخ ، يعتبر رفع الدعوى اعذارا كافيا .

٢٤٤ - سلطة القاضي في دعوى الفسخ :

لا يلزم القاضي بإجابة الدائن الى طلب الفسخ ، بل ان للقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن (م ٢/١٥٧ مدني و ٣/٢٤١ موجبات) ، فقد يرى عدم فسخ العقد لأن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى جملة الالتزام ، وقد يرى امهال المدين للوفاء بالتزامه اذا لم يكن في ذلك ضرر جسيم للدائن . وأخيرا قد يرى فسخ العقد دون حاجة الى امهال ، كما لو كان التزام المدين التزاما بامتناع عن عمل وخالفه المدين .

٢٤٥ - حق الدائن في العدول عن الفسخ وحق المدين في انقضاء الحكم به :

لا يتقيد الدائن بدعوى الفسخ التي رفعها ، بل له أن يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ ، كما أن له اذا طلب التنفيذ في أول الأمر أن يعدل عنه الى طلب الفسخ .

كذلك للمدين الى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ ، الحق في توقي
الفسخ بتنفيذ التزامه ، ولا يتبقى في هذه الحالة الا بحث ما اذا كان
هناك محل للحكم عليه بالتعويض .

٢ - الفسخ الاتفاقي

٢٤٦ - الشرط الفاسخ الصريح :

يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء
نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم وفاء المدين بالتزامه ، وهذا
الاتفاق لا يعني من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعضاء
منه (م ١٥٨ مدني و ٤/٢٤١ موجبات) . ويعصرف هذا الشرط باسم
الشرط الفاسخ الصريح .

والشرط الفاسخ الصريح يؤدي الى حرمان القاضي من سلطته
التقديرية ، فلا يستطيع اموال المدين المتخلف عن تنفيذ التزامه ، ولا يملك
الا الحكم بالفسخ . كذلك يؤدي هذا الشرط الى حرمان المدين من
تفادي وقوع الفسخ بعرض تنفيذ الالتزام بعد رفع الدعوى .

العقب الثالث

آثار فسخ العقد

٢٤٧ - آثار فسخ العقد فيما بين المتعاقدين :

يترتب على فسخ العقد اعتباره كأن لم يكن ، ولذا يجب اعادة
المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد بأن يرد كل منهما ما
تسلمه بموجب العقد ، فان عجز عن ذلك حكم عليه بالتعويض (م ١٦٠
مدني و ٢٤٢ موجبات) .

فإذا كان العقد بيعا مثلا وفسخ ، وجب اعمالا للأثر الرجعي للفسخ أن يرد المشتري المبيع وثماره الى البائع ، وأن يرد البائع الى المشتري الجزء المدفوع من الثمن وفوائده القانونية من وقت المطالبة القضائية .

أما اذا كان العقد من عقود المدة كالإيجار فلا يتصور استرجاع ما تم تنفيذه منه ، ولذا ليس للفسخ بالنسبة لهذا النوع من العقود أي أثر رجعي ، ولهذا السبب يقال أن عقود المدة لا يرد عليها الفسخ بل الانهاء .

٢٤٨ - آثار فسخ العقد بالنسبة الى الغير :

لا يترتب على الفسخ محو آثار العقد فيما بين المتعاقدين فقط ، بل بالنسبة الى الغير أيضا . ففي البيع مثلا يعتبر المشتري بفعل الأثر الرجعي للفسخ كأن لم يكن مالكا أبدا للمبيع ، وعلى ذلك يعود المبيع الى البائع خاليا من الحقوق التي رتبها المشتري عليه ، لأن الشخص لا يستطيع أن يعطي الغير ما لا يملك . غير أنه استثناء من هذا الحكم قد تبقى هذه الحقوق ولا تتأثر بالفسخ في حالات معينة منها :

أولا - اذا كان الغير الذي قرر له المشتري حقا عينيا على المبيع شخصا حسن النية وشهر حقه وفقا للقانون ، كالدائن المرتهن مثلا (١) .

ثانيا - اذا كان في استطاعة الغير دفع دعوى البائع بتملك المبيع بالتقادم ، أو بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية .

(١) راجع المادة ١٠٣٤ مدني والمادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري .

البحث الثاني

انقاس العقد وتعمل التبعة

٢٤٩ - انقاس العقد :

رأينا أنه اذا قصر أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر طلب الفسخ . غير أنه اذا كان عدم التنفيذ ليس راجعا الى تقصير المدين بل الى سبب أجنبي لا يد له فيه فان العقد ينفسخ بقوة القانون (١٥٩ و ٣٧٣ مدني و ٢٤٣ موجبات) .

وانقاس العقد يختلف عن فسخه في عدة أمور هي :

أولا - لا محل في الانقاس الى اعدار المدين ، لأن الاعذار لا يتطلب الا اذا كان التنفيذ ممكنا ، على حين أن الالتزام بحسب الفرض قد استحال تنفيذه .

ثانيا - لا وجه للرجوع على المدين بالتعويض لأن عدم التنفيذ ليس راجعا الى تقصيره .

ثالثا - لا داعي كبدا عام الى الالتجاء الى القضاء لأن الانقاس يقع بقوة القانون . ولو أن العمل قد يجري على غير ذلك خصوصا اذا ترتب على السبب الأجنبي استحالة التنفيذ استحالة جزئية .

٢٥٠ - تعمل المدين تبعة الاستحالة :

يترتب على انقاس العقد بقوة القانون لاستحالة تنفيذ التزام المدين لسبب أجنبي انقضاء هذا الالتزام وانقضاء الالتزام المقابل له تبعا لذلك ، ومعنى ذلك أن المدين كالبائنه وقد استحال عليه تنفيذ التزامه بتسليم

المبيع ، لا يستطيع مطالبة الدائن وهو المشتري بتنفيذ ما تعهد به (أي بدفع الثمن) ، وبذا يتحمل البائع وهو المدين بالتسليم تبعه استعالة تنفيذ التزامه في العقود التبادلية ، أي يتحمل تبعه هلاك المبيع .

المبحث الثالث الرفع بعدم التنفيذ

٢٥١ - فكرة الرفع بعدم التنفيذ :

يجوز لكل متعاقد في العقود التبادلية بدلا من طلب فسخ العقد لعدم وفاء العاقد الآخر بالتزاماته ، أن يوقف تنفيذ التزامه حتى ينفذ الالتزام المقابل له ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، وهو وسيلة يلجأ إليها العاقد في العقود التبادلية للضغط على العاقد الآخر وحمله على تنفيذ التزامه دون حاجة الى الترافع الى القضاء .

٢٥٢ - شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

يستخلص من الأحكام التي أوردها المشرع في شأن الدفع بعدم التنفيذ (م ١٦١ و ٢٤٦ - ٢٤٨ مدني و ٢٧٢ - ٢٧٤ موجبات) أنه يجب للتمسك بهذا الدفع توافر عدة شروط هي : أولا - أن يكون العقد من العقود التبادلية . ثانيا - أن تكون الالتزامات المتقابلة الناشئة عن هذا العقد مستحقة الأداء . ثالثا - مراعاة حسن النية عند التمسك بالدفع .

٢٥٣ - أن يكون العقد من العقود التبادلية :

يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين ، فإذا جاوزنا نطاق هذه العقود فلا يكون هناك محل للتمسك بهذا الدفع بل للتمسك بالعق في العكس .

والحق في الحبس مؤداه أن لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ، ما دام الطرف الآخر لم يمرض الوفاء بالتزام مترتب عليه ومرتب به . ويعتبر الدفع بعدم التنفيذ صورة من صور الحق في الحبس في نطاق العقود التبادلية .

٢٥٤ - أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء :

يفترض الدفع بعدم التنفيذ وجود التزامات مدنية استحق اداؤها في نفس الوقت ، أي تعاصر تنفيذها . ففي البيع مثلاً لا يجوز للبائع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وأن يحبس المبيع عن المشتري إلا إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع ولم يدفع .

كذلك لا يجوز للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان يستخلص من طبيعة العقد أو من العرف أن التزامه واجب الأداء قبل تنفيذ الالتزام المقابل ، كما هو الشأن بالنسبة للعامل أو صاحب الفندق ، فالتزام العامل واجب الأداء قبل التزام رب العمل ، والتزام صاحب الفندق واجب الأداء قبل التزام التزويل ، ولذا لا يجوز لأيهما التمسك سابقاً بالدفع بعدم التنفيذ .

وإذا تعاصر تنفيذ الالتزامين المتقابلين وتمسك كل منهما بالدفع بعدمه التنفيذ ، حكم القاضي على كل منهما بإيداع ما أنزله به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث .

٢٥٥ - مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

يجب على المتعاقد الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ألا يسيء استعمال هذا الدفع لأن القاعدة العامة هي وجوب مراعاة حسن النية

عند تنفيذ العقود (م ١/١٤٨ مدني) ، وعلى ذلك لا يجوز لتعاقد أن يتمسك بهذا الدفع اذا كان هو التسبب في عدم تنفيذ الالتزام المقابل ، أو اذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل هو جزء يسير بالنسبة الى جملة الالتزام .

٢٥٦ - آثار الدفع بعدم التنفيذ فيما بين المتعاقدين :

لا يترتب على الدفع بعدم التنفيذ اذا توافرت شروطه انقضاء الالتزام ، بل وقف تنفيذه . ووقف التنفيذ لا يؤثر على مقدار الالتزام اذا كان العقد من العقود القورية كالبيع ، أما اذا كان من عقود المدة كالإيجار أو من العقود المستمرة التنفيذ كمقود توريد الغاز أو النور فانه يترتب على وقف تنفيذه نقص في كم الالتزام بمقدار مدة الوقف .

والدفع بعدم التنفيذ اذا كان لا يخول الدائن حق امتياز على الشيء محل التزامه ، الا أنه يعتبر ضمانا يؤمن الدائن به نفسه ضد خطر اعسار المدين .

٢٥٧ - آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة الى الغير :

لا يحتج بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة العاقد فقط ، بل وكذلك في مواجهة الغير ، فللبائع مثلا أن يحتج بحقه في حبس المبيع ليس فقط قبل المشتري ، بل وكذلك قبل دائني المشتري .

٢٥٨ - انقضاء الدفع بعدم التنفيذ :

ينتضي الدفع بعدم التنفيذ لأسباب متعددة منها : هلاك الشيء محل الالتزام ، أو خروج الشيء من تحت العايس خروجا اراديا كما لو

سلم البائع المبيع الى المشتري ، أما اذا خرج من تحت يده خلسة أو غصباً
فله استرداده ممن هو في حيازته اذا طلب ذلك في خلال ثلاثين يوماً من
وقت علمه بخروجه ، وقبل انقضاء سنة من وقت هذا الخروج (م ٢٤٨
مدني و ٢٧٣ موجبات) • كذلك ينقضي الدفع بعدم التنفيذ اذا منح
الدائن المدين أجلاً جديداً بعد حلول ميعاد الوفاء بالتزامه •

الباب الثاني

بعض احكام الالتزام

خطة الدراسة

٢٥٩ - بيان الموضوعات :

يقصد بدراسة أحكام البحث في الموضوعات الآتية :

- أولا - آثار الالتزام
- ثانيا - انتقال الالتزام
- ثالثا - انقضاء الالتزام

وسنراعي في دراستنا لهذه الموضوعات الاقتصار على القواعد والأحكام القانونية التي تساعد على تهيئة طلاب كلية التجارة على تفهم أحكام القانون التجاري ، وهي الدراسة القانونية الأصلية في كلية التجارة .

كذلك ستوخى في عرضنا لهذه القواعد والأحكام الإيجاز مع التبسيط والتيسير حتى يسهل على الطالب استيعابها . وقد سبق لنا الإشارة الى هذه الملاحظة في أكثر من موضع ، ولا نرى مانعا من تكرارها لتحقيق الغرض المقصود منها .

الفصل الاول

آثار الالتزام

٢٦٠ - تقسيم :

أثر الالتزام هو انشاء حق للدائن في مواجهة المدين ، ولذا يمكن القول بأن دراسة آثار الالتزام ، هي في الواقع دراسة لحقوق الدائن قبل مدينه .

ولدراسة هذه الحقوق سنبحث أولا في الآثار العامة للالتزام ، وثانيا في الآثار الخاصة لبعض الالتزامات ، وستناول فيها الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام .

الفرع الأول

الآثار العامة للالتزام

٢٦١ - الضمان العام :

أثر الالتزام كما سبق أن ذكرنا ، هو انشاء حق للدائن قبل مدينه ، والذي يضمن هذا الحق هو جميع أموال المدين ، وهذا ما يعرف بالضمان العام (٢٣٤ مدني) فيستطيع كل دائن أن ينفذ بحقه على أي مئذ من

الأموال التي تكون مملوكة لمدينه وقت التنفيذ ، سواء كان هذا المال من المنقولات أم من العقارات . والأصل أن جميع أموال المدين يجوز التنفيذ عليها الا ما استثنى بنص خاص كعراش المدين أو الكتب والأدوات التي يستعملها بنفسه في عمله .

٢٦٢ - خصائص الضمان العام :

يتميز الضمان العام الذي للدائنين . ويطلق عليهم اسم الدائنين المدنيين . بخصائص معينة هي :

أولا - تساوي الدائنين قانونا في هذا الضمان . فلا يتقدم أحدهم على الآخرين في استيفاء حقه ، الا اذا كان له حق التقدم على غيره بسوجب تأمين خاص كالرهن الرسمي مثلا . مع ملاحظة أن هذا التقدم قاصر على المال المقرر عليه الرهن فقط .

ثانيا - أن الضمان العام لا يخول الدائن حق تتبع أي مال من أموال المدين اذا خرج من ملكه بالبيع مثلا . بل يسري البيع في مواجهة الدائن . وفي هذا يختلف الضمان العام عن التأمين الخاص كالرهن : فالدائن المرتهن له تتبع العين المرهونة في أي يد انتقلت إليها .

ثالثا - أن الضمان العام لا يخول الدائن حق التدخل في ادارة المدين لأمواله .

٢٦٣ - وسائل حماية حقوق الدائنين :

لما كان أثر الضمان العام لا يظهر الا ابتداء من اجراءات التنفيذ ، ولما كان هذا الضمان لا يقل يد المدين عن التصرف في أمواله وادارتها ،

رأى المشرع أن يحيي الدائن ضد الإهمال أو الغش الذي قد يقع من مدينه في الفترة السابقة على التنفيذ ، فحوله وسائل عدة يحمي بها حقه ويحافظ بها على ضمانه ، من ذلك : الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البوليصية ، ودعوى الصورية ، والحق في الحبس .

٢٦٤ - الدعوى غير المباشرة :

يقصد بالدعوى غير المباشرة حق الدائن في أن يستعمل باسم مدينه ونياية عنه حقوق هذا المدين قبل الغير . وبذا يستطيع المحافظة على ضمانه العام والتغلب على إهمال المدين أو غشه الذي يقصد به إضعاف هذا الضمان (٢٣٥ مدني و ٢٧٦ موجبات) .

ولا يشترط أن يتم استعمال حقوق المدين عن طريق المطالبة القضائية بها . فقد يستعمل الدائن حق المدين بغير ضيق الدعوى : كما لو قام تسجيل عقد اشترى به المدين عقارا ، حتى تنتقل ملكية هذا العقار الى المدين فيستطيع التنفيذ عليه .

ويشترط لاستعمال هذه الدعوى : ١ - أن يكون حق الدائن محققا أي غير متنازع فيه . ٢ - وأن يكون المدين قد قصر في استعمال حقه قبل الغير ، وكان يترتب على عدم استعمال هذا الحق اعساره أو الزيادة في اعساره ، ولذا لا يجوز للدائن الالتجاء الى هذه الدعوى اذا كانت باقي أموال المدين تكفي للوفاء بدينه .

٢٦٥ - الدعوى البوليصية :

قد يعمد المدين ، اذا سامت حالته المالية ، الى بيع أمواله الظاهرة ، كالعقارات ، لكي يخفي ثمنها عن دائنيه ، أو يعمد لمجرد النكاية بدائنيه

الى محابة الغير من أقاربه وأصدقائه بأن يبيعهم ماله بثمن بخس أو يهبه
اياهم ، أو يجامل أحد دائئيه على حساب الآخرين ، بأن يدفع له كامل
دينه حتى يفلت من قاعدة قسمة الغرماء . وقد كفل المشرع للدائنين الحماية
من هذه التصرفات الضارة بهم ، بما قرره لهم من حق الطعن فيها بطلب
عدم تقاؤها في مواجعتهم ، وسيلهم الى ذلك هي الدعوى البوليصية أي
دعوى عدم تقاذ التصرف (م ٢٣٧ - ٢٤٣ مدني و ٢٧٨ موجبات) .

ويشترط لمباشرة الدعوى البوليصية عدة شروط بعضها يتعلق بالدائن،
وبعضها يتعلق بالمدين ، وبعضها يتعلق بالتصرف المطعون فيه .

فبالنسبة للدائن يشترط أن يكون حقه مستحق الأداء أي ليس
معلقا على شرط أو مضافا الى أجل ، وأن يكون هذا الحق سابقا على
التصرف المطعون فيه حتى يستطيع الادعاء بأنه عول على المال الذي تصرف
فيه المدين لاستيفاء حقه .

وبالنسبة للمدين يشترط أن يكون قد صاحب التصرف الصادر
منه غش من جانبه ، أي قصد الاضرار بدائئيه ، ويعتبر المدين غاشا اذا
صدر منه التصرف وهو عالم أنه معسر (م ٢٣٨ مدني) .

ويتطلب القانون اللبناني شرط الغش سواء كان التصرف الصادر
من المدين من قبيل المعاوضات أم من قبيل التبرعات . أما القانون المصري
فيتطلب غش المدين اذا كان التصرف من المعاوضات ، أما ان كان من التبرعات
فيجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ولو كان المدين حسن النية
(لأن دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة) .

وبالنسبة للتصرف المطعون فيه يشترط أن يكون مفقرا أي يؤدي
الى اعسار المدين أو الزيادة في اعساره ، سواء كان ذلك التصرف قد أنقص

من حقوق المدين كالبائع الصادر منه ، أو زاد في التزاماته كالاقتراض من الغير .

٣٦٦ - دعوى الصورة :

قد يلجأ المدين في سبيل تهريب أمواله عن متناول يد دائنيه الى التصرف فيها تصرفا صوريا بالبيع مثلا ، والتصرف الصوري لا وجود له في الحقيقة لأن المدين البائع لم يتخل عن ملكية المبيع ، بل أنه يحتفظ في مواجهة المشتري الظاهر بما يسمى بورقة الضد ، لا يثبت أن التصرف الظاهر لا وجود له وأنه ليس إلا تصرفا صوريا .

وإذا لم يكن من شأن التصرف الصوري خروج المبيع من ملك المدين ، فإن اقتقاره المترتب على هذا التصرف ليس إلا افتقارا ظاهريا ، وسبيل الدائن لاثبات هذا الافتقار الظاهري هو دعوى الصورة .

ولا يشترط لاستعمال الدائن دعوى الصورة أن يكون حقه مستحق الأداء أو سابقا على التصرف الصوري المطعون فيه ، لأن الدائن لا يقصد من رفع دعوى الصورة إلا تقرير الواقع حماية لمصالحه .

٣٦٧ - الحق في الحبس :

يقصد بالحق في الحبس أن لكل من التزام بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض انوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به (م ٢٤٦ - ٢٤٨ مدني و ٢٧٣ - ٢٧٤ موجبات) . وقد سبق لنا أن تعرضنا لصورة من صور الحق في الحبس وهي الدفع بعدم التنفيذ .

ويشترط لاستعمال الحق في الحبس عدة شروط وهي : أولا - وجود

التزام على الحائس بأداء شيء كالتزام البائع بتسليم المبيع أو التزام المودع :
بده برد الوديعة • فانيا - وجود حق للحائس مستحق الأداء في ذمة
دين كما لو كان المودع عنده قد صرف مصاريف ضرورية لحفظ الوديعة .
يكون له حبس الشيء المودع حتى يسترد هذه المصاريف من المودع •
ثالثا - أن يكون هناك ارتباط بين حق الحائس وبين التزامه بأداء الشيء
كما في المثال السابق • وعلى ذلك لا يجوز للمودع عنده حبس الوديعة
حتى يسترد من المودع مبلغا كان قد أقرضه إياه لعدم وجود ارتباط
بين الأمرين •

٢٦٨ - تنفيذ الالتزام :

تناولنا الالتزام حتى الآن على أساس أنه رابطة موحدة ، غير أن
أواقع هو أن الالتزام يتضمن عنصرين متميزين هما عنصر المديونية وعنصر
المسؤولية • ويرتبط العنصران رباط الغاية بالوسيلة ، ذلك أن المديونية
تفرض على المدين واجب الوفاء كما تفرض على الدائن واجب قبول
الوفاء ، فإذا وفى المدين باختياره انقضت المديونية ، وإن امتنع ظهر عنصر
المسؤولية الذي يمكن الدائن من قهر المدين على الوفاء •

وإذا توافرت المديونية والمسؤولية معا كنا أمام التزام مدني ، أما
إذا توافرت المديونية دون المسؤولية كنا أمام التزام طبيعي كدين سقط
بالتقادم مثلا •

والالتزام الطبيعي لا يجوز قهر المدين على الوفاء به لتخلف عنصر
المسؤولية فيه • غير أنه إذا وفى المدين باختياره بهذا الالتزام فإنه لا يعد
متبرعا • وإذا كان الأمر كذلك فيقتصر كلامنا بطبيعة الحال على الالتزام
المدني لأنه هو الذي يتوافر فيه عنصر المسؤولية وهي الأساس في قهر
المدين على التنفيذ •

وستتناول في دراستنا لتنفيذ الالتزام الكلام في المسائل الآتية :

- أولاً - الأعدار .
- ثانياً - التنفيذ العيني .
- ثالثاً - التنفيذ بمقابل .

البحث الأول

الأعدار

٣٦٩ - المقصود بالأعدار :

يقصد بالأعدار وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه بأثبات تأخيره في الوفاء به ، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يفيد تقصير المدين ما لم يسجله الدائن عليه بالأعدار ، والأعدار ضروري لتنبه المدين الى نية الدائن في الالتجاء الى التنفيذ الجبري اذا لم يف بالتزامه اختياراً ، والى هذا أشارت المادة ١/٢٠٣ مدني .

غير أن بعض التشريعات ومنها قانون الموجبات والعقود اللبناني قد عدلت عن اشتراط الأعدار ، وافترضت أن المدين يعتبر معذراً بمجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام دون حاجة الى أن ينبه الدائن الى ذلك .

٣٧٠ - شكل الأعدار :

يتخذ الأعدار عادة شكل الانذار ، وهو ورقة رسمية من أوراق المحضرين يدي فيها الدائن لمدينه رغبته في استيفاء حقه .

وكما يتم الأعدار عن طريق الانذار ، يتم كذلك بكل ورقة رسمية تقوم مقام الانذار كمحضر حجز ، والتكليف بالحضور أمام المحكمة .

وإذا كان الأصل أن يتم الاعذار عن طريق الانذار أو ما يقوم مقامه ،
الا أنه ليس هناك ما يمنع من الخروج على هذا الأصل ، لأنه إذا كانت المادة
٢١٩ مدني تبيح الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول أجل
دون حاجة الى أي اجراء آخر ، فلا شبهة في أنها تجيز من باب أولي الاتفاق
على أن يتم الاعذار بأي طريق آخر كالاغذار بخطاب مسجل أو بخطاب
عادي أو باخطار شفوي ، على أن تراعى في الحالة الأخيرة القواعد العامة
في الاثبات .

٢٧١ - الآثار التي تترتب على الاعذار :

يترتب على صدور الاعذار في ميعاده ، أي عند حلول أجل الالتزام
أو بعده ، وضع المدين موضع المقصر ، مما يؤدي الى النتائج الآتية :

١ - يجوز للدائن الشروع في اجراءات التنفيذ الجبري أو طلب فسخ
العقد .

٢ - انتقال تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانب واحد من الدائن
الى المدين . فمثلا في الوديعة غير المأجورة اذا استحال على المدين أي
المودع عنده تنفيذ التزامه بالرد لسبب أجنبي كهلاك الشيء بقوة قاهرة ،
انقضى هذا الالتزام ، وتحصل المودع أي الدائن تبعة الهلاك . ولكن اذا
فرض وكان المودع قد أعذر المودع عنده برد الوديعة قبل وقوع الهلاك ،
ترتب على هذا الاعذار انتقال تبعة استحالة تنفيذ الالتزام من الدائن الى
المدين (م ٢٠٧ / ١ مدني) .

٣ - استحقاق التعويض عن التأخير في الوفاء (م ٢١٨ مدني) ، لأنه
بصدور الاعذار يفترض وقوع الضرر الناشئ عن التأخير في التنفيذ .

٢٧٢ - الحالات المستثناة من ضرورة الاعذار :

يستثنى من ضرورة الاعذار في القانون المصري حالات معينة يعتبر فيها المدين معذرا بمجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام دون حاجة الى أي اجراء آخر (م ٢٢٠ مدني) ، من ذلك :

١ - اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، كما لو كان محل الالتزام امتناعا عن عمل أثناء المدين .

٢ - اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع ، لأنه لا يتصور الاعذار اذا خالف الانسان الالتزام القانوني العام المفروض على كل شخص بعدم الأضرار بالغير .

٣ - اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، والكتابة مشرطة هنا للاثبات ، ولذا يقوم مقامها الاقرار أو النكول عن اليمين .

٤ - اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو يعلم أنه تسلمه دون حق .

المبحث الثاني

التنفيذ العيني

٢٧٣ - الأصل هو التنفيذ العيني :

الأصل في الوفاء أن يكون بعين ما التزم به المدين . ويجب على الدائن أن يطالب به ، فان فعل فلا يجوز للمدين أن يمتنع عنه بل يجبر على القيام به اذا كان ذلك ممكنا ، فان كان مستحيلا حكم عليه بالتعويض . وكما يجوز للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني ، يجوز كذلك للمدين أن

يمرض القيام به ، وفي هذه الحالة يتمتع على الدائن رفضه والمطالبة بالتعويض .

٢٧٤ - شروط التنفيذ العيني :

يشترط التقنين المدني المصري للطالبة بالتنفيذ العيني شرطين هما :
الأول - أن يكون التنفيذ العيني ممكنا ، والثاني - ألا يكون فيه ارهاق للمدين (م ٢١٩ و ٢٢٠) . أما قانون الموجبات والمعقود اللبناني فلم يشترط لوجوب التنفيذ العيني الا شرطا واحدا هو شرط الامكان ، وهو ما يمكن استخلاصه من المادتين ٢٤٣ و ٣٤١ .

٢٧٥ - ان يكون التنفيذ العيني ممكنا :

يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني ، ويجوز للمحكمة أن تقضي به ، طالما كان هذا التنفيذ ممكنا ، فان استحالة ، وهذه مسألة تتعلق بالوقائع وبظروف كل دعوى ، تعين المدول عنه الى التنفيذ بمقابل . والاستحالة التي تكلم عنها هي الاستحالة الراجعة الى خطأ المدين ، لأنه اذا كانت الاستحالة راجعة الى سبب أجنبي ، انقضى الالتزام وامتنع الرجوع على المدين بالتعويض ، كما لو هلك الشيء المطلوب تسليمه بفعل القوة القاهرة (م ٢١٥ مدني و ٣٤١ موجبات) .

وجميع ضروب الالتزام سواء كانت باعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بامتناع عن عمل ، من المتصور استحالة تنفيذها بخطأ المدين ، عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود فلا يتصور استحالاته .

٢٧٦ - ألا يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمدين :

قد يكون التنفيذ العيني ممكنا ، ولكن في تحقيقه ارهاق للمدين ، وفي هذه الحالة يجوز له أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض النقدي .

ويتحقق هذا الارهاق اذا كانت القائمة التي ستعود على الدائن من التنفيذ العيني لا تتناسب مع الضرر الذي سيصيب المدين منه ، وكان في التعويض التقدي ترضية كافية للدائن ، كما لو تعدى شخص عند البناء على شرط رفيع من أرض الجار ، فللجار أن يطالب بالتنفيذ العيني أي بالهدم والازالة ، ولكن لما كان في هذا ارهاق للمدين وهو الباني ، لا يتناسب مع الضرر الذي أصاب الدائن وهو صاحب الأرض ، فيلجأ القاضي الى التعويض التقدي بدلا من التنفيذ العيني .

٣٧٧ - التهديد المالي او الغرامة التهديدية :

يجوز حمل المدين على التنفيذ العيني ، خاصة في الأحوال التي تتطلب تدخله الشخصي عن طريق التهديد المالي .

والتهديد المالي يمثل في الحكم على المدين بالتنفيذ العيني وبغرامة تهديدية باعتبار كذا عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة زمنية أخرى اذا تأخر في تنفيذ التزامه عن ميعاد معين يحدده القاضي .

ولا يقصد من هذه الغرامة تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء ، بل يقصد بها ارهاب المدين وحمله على التنفيذ العيني (م ٢١٣ و ٢١٤ مدني و ٢٥١ موجبات) .

٣٧٨ - شروط الحكم بالغرامة التهديدية :

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية توافر شرطين ، وهما : ١ - أن يكون تنفيذ الالتزام عينا لا يزال ممكنا . ٢ - أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه .

٣٧٩ - الشرط الاول - ان يكون في الامكان تنفيذ الالتزام عينا :

تفترض طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية أن يكون هناك التزام لا

يزال في الامكان تنفيذه عينا . فاذا لم يكن هناك التزام أصلا فلا يتصور الحكم بالفرامة التهديدية ، وعلى ذلك لا يجوز الالتجاء الى التهديد المالي لاجبار أحد الخصوم في دعوى على الحضور أمام المحكمة لانه ليس ملزما بالحضور .

على أن وجود الالتزام لا يكفي لتبرير الحكم بالفرامة التهديدية ، بل يجب أن يكون تنفيذه عينا لا يزال ممكنا ، لأن الغرض من التهديد المالي هو الحصول على هذا التنفيذ . وعلى ذلك يتمتع الحكم بالفرامة التهديدية ، لقوات الغرض منها ، اذا أصبح تنفيذ الالتزام عينا مستحيلا ، سواء رجعت هذه الاستحالة الى فعل المدين أم الى سبب أجنبي ، مع ملاحظة أن الاستحالة الراجعة الى سبب أجنبي من شأنها انقضاء الالتزام .

٢٨٠ - الشرط الثاني - ان يكون التنفيذ الميني غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه :

بعض أنواع الالتزام يمكن تنفيذه رغما عن المدين ودون حاجة الى تدخله الشخصي كما في الالتزام بنقل الملكية مثلا . الا أن هناك من الالتزامات ما يكون تدخل المدين ضروريا أو مفيدا لتحقيق التنفيذ الميني ، وفيها يجوز الالتجاء الى التهديد المالي ، من ذلك : الالتزام بتقديم حساب أو مستندات ، والالتزام بالتقاضي بعمل أو الامتناع عن عمل ملحوظ فيه شخصية المدين ، كعهد ممثل بالاشتراك في تمثيلية معينة ، أو الامتناع عن الظهور في عرض مسرحي معين .

وإذا كان يشترط للحكم بالفرامة التهديدية أن يكون تدخل المدين ضروريا أو ملائما للتنفيذ الميني ، الا أن هناك من الحالات ما يتمتع فيها الالتجاء الى التهديد المالي بالرغم من توافر هذا الشرط ، من ذلك ما اذا كان في التهديد المالي ما يمس شخصية المدين المتمثلة في تاج فكره . فلو

تعهد مؤلف قبل ناشر بوضع كتاب يقوم الأخير بنشره ، ثم أعوز المؤلف
الالهام اللازم لتحقيق عمله بما يرضيه ، فلا يجوز إجباره عليه عن طريق
التهديد المالي .

٢٨١ - مصر الحكم بالغرامة التهديدية :

الحكم بالغرامة التهديدية يعتبر حكما وقتيا مصيره الى التصفية
وفقا للموقف النهائي للمدين . فاذا قام المدين بالوفاء بالتزامه حط القاضي
عنه الغرامة ، ازاء استجابته لما أمره به ، وألزمه بتعويض عن التأخير ، لا
أكثر . وان أصر المدين على عناده وامتناعه عن التنفيذ العيني ، قدر
القاضي التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء ، وراعى في
تقدير هذا التعويض ما يكون من أمر ممانعة المدين تمتا ، باعتبار هذه
الممانعة عنصرا أدبيا من عناصر احتساب التعويض .

المبحث الثالث

التنفيذ بمقابل

أو

التنفيذ بطريق التعويض

٢٨٢ - حالات التنفيذ بمقابل :

إذا كان الأصل هو التنفيذ العيني ، الا أن هناك من الحالات ما يضمن
فيها الاتجاه الى التنفيذ بمقابل ، وهذه هي :

١ - إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بظلم المدين . وهذه الاستحالة
متصورة بالنسبة لجميع ضروب الالتزام عدا الالتزام بدفع مبلغ من
النقد .

٢ - إذا كان تدخل المدين الشخصي ضروريا أو ملائما لتحقيق التنفيذ العيني ، ولم يجد التهديد المالي في التغلب على تعته وامتناعه .

٣ - إذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن في تحقيقه ارهاق للمدين .

٤ - أخيرا إذا كان التنفيذ العيني ممكنا تحقيقه على وجه ملائم دون تدخل المدين ، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يمرض المدين القيام به ، ففي هذه الحالة يحل التنفيذ بمقابل محل التنفيذ العيني .

٢٨٢ - نوعا التمويض :

إذا لم ينفذ المدين التزامه من الميعاد المحدد له ، وعلى النحو المتفق عليه ألزم بالتعويض . والتعويض على نوعين : تعويض عن عدم التنفيذ ، وتعويض عن التأخر في التنفيذ (م ٢١٥ مدني) .

والتعويض عن عدم التنفيذ يحل محل التنفيذ العيني ، ولا يجتمع بداهة معه . أما التعويض عن التأخير فيجتمع مع التنفيذ العيني إذا قام المدين بتنفيذ التزامه متأخرا عن الميعاد المحدد له ، كما يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يتم المدين أصلا بما تمهد به .

٢٨٤ - كيفية تقدير التعويض :

الأصل في تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضي ، وهذا هو التعويض القضائي ، غير أنه بالنسبة للالتزامات التعاقدية قد يتفق الطرفان مقدما على مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين إذا لم ينفذ التزامه أو إذا تأخر في الوفاء به ، وهذا هو التعويض الاتصافي أو الشرط الجزائي ، وأخيرا قد يتولى القانون تحديد التعويض الذي يستحق عن التأخر في تنفيذ الالتزام ، وهذا هو التعويض القانوني أو فوائد التأخير .

المطلب الأول

التعويض القضائي

٢٨٥ - التعويض القضائي جزاء المسؤولية المدنية :

بحث التعويض القضائي هو في الواقع بحث للمسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية . وقيام هذه المسؤولية يتطلب توافر أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، فان توافرت هذه الأركان التزم المدين بتعويض الدائن عما لحقه من ضرر ، والضرر قد يكون ماديا أو أدبيا ، والتعويض يتناول كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب .

والتعويض يقدر عادة ببلغ تقدي ، ولو أنه في بعض الحالات قد يكون التعويض غير تقدي ، كما هو الشأن فيما تقضي به المحكمة في دعاوي السب والقذف من نشر الحكم بادانة المسؤول في الصحف .

المطلب الثاني

التعويض الاتفاقي

أو

الشرط الجزائي

٢٨٦ - تعريف الشرط الجزائي :

الشرط الجزائي اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه أو اذا تأخر في تنفيذه ، وسمي كذلك لأنه يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي .

وكثيرا ما يصادف الشرط الجزائي في عقود المقاولة والتوريد والنقل، فيتفق رب العمل مع المقاول على مبلغ معين يدفعه الأخير عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم العمل الذي تعهد به .

٢٨٧ - الأغراض التي يستهدفها المتعاقدان من الشرط الجزائي :

يقصد المتعاقدان عادة بالشرط الجزائي تجنب تحكم القضاء وتدخل أهل الخبرة في تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين بالتزامه ، على أن هذا الغرض قلما أن يتحقق إذ سيكون دائما لأحد الطرفين مصلحة في المنازعة في مقدار التعويض المتفق عليه .

كذلك قد يقصد بالشرط الجزائي التحايل على أحكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير ، كما قد يقصد به التعديل في أحكام المسؤولية بالأعضاء أو التحقيق منها إذا كان المبلغ المتفق عليه يقل كثيرا عن الضرر المتوقع حصوله ، أو بالتشديد فيها إذا كان هذا المبلغ مبالغا فيه .

٢٨٨ - شروط أعمال الشرط الجزائي :

لما كان المقصود بالتعويض الاتفاقي أن يحل محل محل التعويض القضائي فإنه يتعين لأعمال الشرط الجزائي توافر شروط استحقاق التعويض وهي : الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، وأخيرا الإعذار في الحالات التي يكون فيها واجبا (م ٢٢٣ - ٢٢٥ مدني و ٢٦٦ و ٢٦٧ موجبات) .

٢٨٩ - سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي :

الأصل أنه إذا تحققت شروط الشرط الجزائي ، وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الواقع ، تعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان ، غير أنه استثناء من هذا الأصل أجاز

المشرع في حالات معينة للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو الزيادة ، وهذه السلطة الممنوحة للقاضي لا يجوز حرمانه منها باتفاق خاص (م ٢٢٤ / ٣ مدني) .

٢٩٠ - تخفيض الشرط الجزائي :

أجاز المشرع المصري في المادة ٢٢٤ / ٢ من التقنين المدني للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما :

الأولى - إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه (راجع المادة ٣٦٦ / ٣ موجبات) .

الثانية - إذا كان تقدير التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، وعبء اثبات ذلك على المدين كما هو الشأن في الحالة السابقة . وعلّة هذا الاستثناء أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فيكون المقصود بالشرط الجزائي المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يتعين تخفيضها إلى الحد القانوني . أما إذا كان محل الالتزام من غير النقود ، فيكون القصد من المبالغة في الشرط الجزائي أن يكون شرطاً تهديدياً ، وفي هذه الحالة ، يأخذ حكم التهديد المالي ، بمعنى أنه يكون للقاضي إعادة النظر فيه وتقدير التعويض المستحق وفقاً للقواعد العامة (راجع المادة ٢٦٦ / ٢ موجبات) .

٢٩١ - زيادة الشرط الجزائي :

إذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن الضرر الواقع ، فيكون المقصود به الإغفاء أو التخفيف من المسؤولية عن الخطأ العادي ، وهو التصور وقوعه من المدين ، فإن تجاوز الخطأ هذه الدرجة ، بأن لجأ المدين إلى النش أو ارتكب خطأ جسيماً - وعلى الدائن إثبات ذلك - وقع الإلتحاق

باطلا ، وتمعين على لقاضي تقدير التعويض بما يتفق والضرر اللاحق بالدائن
(م ٢١٧ / ٢ مدني ، و ٢٦٧ موجبات) .

المطلب الثالث

التعويض القانوني

أو

فوائد التأخير

٢٩٢ - الالتزام بدفع مبلغ من النقود :

قد يكون محل الالتزام مبلغا من النقود ، والخصيصة الجوهرية لهذا النوع من الالتزام هو قابليته دائما للتنفيذ العملي ، وعلى ذلك لا محل في شأنه للمطالبة بتعويض عن عدم التنفيذ ، بل يقتصر الأمر على المطالبة بتعويض عن التأخر في التنفيذ ، ويطلق على التعويض في هذه الحالة فوائد التأخير .

٢٩٣ - نوعان من الفوائد :

بجانب فوائد التأخير التي يلتزم بها المدين اذا قصر في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود في الميعاد المحدد له ، يوجد نوع آخر من الفوائد يمكن أن يسمى بالفوائد الاستثمارية ، يلتزم بها المدين في عقد من عقود المعاوضة . وأكثر ما تصادف هذه الفوائد في عقد القرض حيث يتفق الدائن مع المدين على دفع فوائد معينة مقابل الانتفاع بمبلغ القرض .

وقد تنقلب الفوائد الاستثمارية التي يلتزم بها المدين حتى حصول أجل الدين ، الى فوائد تأخير اذا قصر بعد حلول الأجل في الوفاء بالتزامه .

٢٩٤ - سعر الفائدة :

حدد المشرع المصري سعر الفوائد القانونية وهو : ٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪ في المسائل التجارية (م ٢٢٦ مدني) • أما الفوائد الاتفاقية، استثمارية كانت أم تأخيرية ، فيترك تحديدها لإرادة المتعاقدين بشرط ألا يزيد سعرها على ٧ ٪ ، فإن زاد على ذلك تعين تخفيضها إلى ٧ ٪ وألزم الدائن برد الزيادة التي استولى عليها •

أما في التشريع اللبناني فإن السعر القانوني للفائدة في المسائل المدنية هو ٩ ٪ ، وإذا كان الدين مضمون برهن تأميني عقاري فيكون السعر ١٢ ٪ ، ويراعى بالنسبة للفوائد الاتفاقية ألا يزيد سعرها على الحد السابق •

أما في المسائل التجارية فالسعر القانوني للفائدة هو ٩ ٪ أيضا ، ولكن الرأي الغالب أن الفوائد الاتفاقية ليس لها حد أقصى (١) •

٢٩٥ - الريع المركب :

محاربة للربا الفاحش وضع المشرع المصري أحكاما خاصة في هذا الشأن وهي :

أولا - أن كل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى وهو ٧ ٪ تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض (م ٢٢٧ مدني) •

(١) راجع في هذا الشأن مؤلفنا في أحكام الالتزام سنة ١٩٨٢

٨٣ وما بعده •

ثانياً - لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية (٢٣٣) . من ذلك الحساب الجاري اذ يجوز أن يزيد فيه مجموع الفوائد في نهاية الحساب على مقدار رأس المال .

ثالثاً - لا يجوز في المسائل المدنية تقاضي فوائد على متجدد الفوائد وهو ما يعرف بالربح المركب ، وعلة هذا التحريم أن تجريد الفوائد فيه خطر شديد على المدين ، لأنه يؤدي الى سرعة تضخم الدين ، ويكفي لبيان ذلك أن نذكر انه اذا أقرض الدائن مدينه بفائدة ٤ ٪ فان مبلغ الدين يتضاعف في حوالي ١٩ سنة اذا كان الربح مركباً ، على حين أنه لا يتضاعف الا في ٢٥ سنة اذا كان الربح بسيطاً (٢٣٣ مدني) . هذا ويلاحظ أنه يستثنى من قاعدة تحريم الربح المركب ما جرت به القواعد والعادات التجارية ، كما هو الأمر بالنسبة الى الحساب الجاري (٢٣٣ مدني) .

هذا في القانون المصري أما في القانون اللبناني فيجوز تقاضي فوائد على متجدد الفوائد حتى في المسائل المدنية بشرط ألا تقل المدة عن ستة أشهر (٧٦٨ موجبات) .

٢٩٦ - جواز تخطي حدود الفائدة :

استثناء من مبدأ التقدير الجزائي الذي تتميز به فوائد التأخير ، اتفاقية كانت أم قانونية ، يجوز الزام المدين بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد ، واذا أثبت الدائن أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية (٢٣١ مدني و ٢٦٥ موجبات) .

٢٩٧ - جواز تخفيض الفائدة او اسقاطها :

يقابل الاستثناء السالف الذي يجوز فيه تخطي حدود الفائدة ،

استثناء آخر يجوز فيه تخفيض أو إسقاط الفائدة ، وقد أشارت الى ذلك المادة ٢٢٩ مدني بقولها « اذا تسبب الدائن ، بسوء نية وهو يطالب بحقه ، في اطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض الفوائد ، قانونية أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها اطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر » .

الفروع الثاني

الانوار الخاصة لبعض الالتزامات

أو

الأوصاف المصلة لانز الالتزام

٢٩٨ - الالتزام البسيط والالتزام الموصوف :

تناولنا فيما تقدم ما يترتب على الالتزام من آثار ، وقد افترضنا في كل ذلك أن الالتزام بسيط أي عادي ، غير أن الالتزام قد يتصف به وصف يعدل من آثاره ، مما يؤدي الى تفسير في القواعد التي تحكم تنفيذه .

فاذا كان الأصل أن ينشأ الالتزام نهائيا بمجرد تحقق سببه ، إلا أنه قد يتوقف وجوده أو زواله على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، وهذا هو الشرط .

واذا كانت القاعدة أن للدائن أن يقضي حقه من المدين بمجرد نشوئه ، إلا أن التزام المدين قد يكون مقترنا بأجل يمنع اقتضائه في الحال .

واذا كانت العادة أن يكون للالتزام محل واحد ، إلا أنه قد يحدث أن يتعدد المحل فيكون الالتزام تخييريا أو بدليا .

واذا كان الغالب أن تنشأ رابطة الالتزام بين شخصين فقط ، إلا أنه قد يقع أن يتعدد الطرف الدائن أو الطرف المدين أو الطرفان معا ، ويتحقق ذلك في التضامن بين الدائنين أو بين المدينين ، وفي عدم قابلية الالتزام للانقسام .

المبحث الأول

الشرط

٣٩٩ - التعريف بالشرط وأنواعه :

الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه اما وجود الالتزام وهذا هو الشرط الواقف ، واما زوال الالتزام وهذا هو الشرط الفاسخ .

فإذا وهب أب لابنه مالا معيناً اذا تزوج ، فلا يوجد التزام الأب الا اذا تزوج الابن ، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، فان تزوج تحقق الشرط الواقف ووجد الالتزام .

واذا وهب شخص آخر مالا معيناً ، على أن يعود اليه هذا المال اذا رزق ولداً ، كان التزام الواهب معلقاً على شرط فاسخ ، فان تحقق هذا الشرط وهو أمر غير مؤكد ، عاد اليه المال الموهوب .

وسواء كان الشرط واقفاً أم فاسخاً فان أثره يستند الى الماضي (٢٧٠ مدني و ٨١ موجبات) ، بمعنى أنه اذا تحقق الشرط الواقف اعتبر الالتزام موجوداً لا من وقت تحققه بل من وقت الاتفاق على انشاءه ، واذا تحقق الشرط الفاسخ زال الالتزام واعتبر كأن لم يوجد أصلاً .

٤٠٠ - الشروط الواجب توافرها في الشرط :

يشترط لصحة الشرط أو بعبارة أخرى يشترط في الواقعة حتى تصلح كشرط صحيح ما يأتي :

أولا - أن تكون الواقعة أمرا مستقبلا ، أي أن يكون تحققها لاحقا لانقضاء العقد ، فإذا كانت الواقعة حاضرة أي تتحقق وقت تمام العقد ، أو ماضيه أي سبق تحققها وقت إبرام التصرف ، فلا تعتبر شرطا ولو كان المتعاقدان يجهلان أمر تحققها وقت التعاقد (م ٨١/٣ موجبات) •

ثانيا - أن تكون الواقعة أمرا غير محقق الوقوع ، والا اعتبرت أجلا لا شرطا ، وعدم التحقق يجب أن ينصرف الى امكان الوقوع لا الى وقت الوقوع ، فإن انصرف الى وقت الوقوع ، وكانت الواقعة مؤكدة التحقق كالموت ، اعتبر أجلا غير معين تاريخ وقوعه • غير أن تحقق الموت لا يمنع من اعتباره شرطا يعلق عليه الالتزام في بعض الحالات ، كما لو علق الالتزام على وقوع الموت في خلال مدة معينة أو في يوم معين ، لأنه ليس من المحقق أن يتم الموت في هذا الموعد •

ثالثا - أن تكون الواقعة أمر ممكنا ، لأنه إذا لم تكن ممكنة ، أي كانت مستحيلة ، تخلفت حقيقة التعليق على الشرط •

والاستحالة قد تكون مادية أي ترجع الى طبيعة الأشياء ، وقد تكون قانونية أي ترجع الى حكم القانون ، وفي الحالتين يجب ألا تكون مطلقة ، كالتعهد باعطاء جائزة لمن يكتشف دواء يحيي الموتى ، والا كان الالتزام باطلا •

رابعا - يشترط في الواقعة أن تكون مشروعة ، أي ألا تكون مخالفة

للنظام العام أو الآداب • غير أنه يجب الاحتراس من الخلط بين عدم مشروعية الشرط وعدم مشروعية الواقعة الملق عليها تحققه • فالجريمة عمل غير مشروع ، إلا أن عدم مشروعيته لا يستتبع حتما عدم مشروعية الشرط • فتطبيق هبة مال على ارتكاب الموهوب له جريمة ، يعتبر شرطا غير مشروع ، على حين أن اشتراط فسخ الهبة إذا ارتكب الموهوب له هذه الجريمة ، يعتبر تطبيقا على شرط مشروع •

المبحث الثاني

الأجل

٤٠١ - التعريف بالأجل :

يكون الالتزام لأجل إذا كان نهائيا أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع (م ١/٢٧١ مدني و ٢/١٠٠ موجبات) •

أي أن الأجل وفقا لهذا التعريف إما أن يكون واقعا يترتب عليه ارجاء نهائيا للالتزام ، وأما أن يكون فاسخا فيؤدي الى انقضاء الالتزام • والأجل الفاسخ أو المنهي لا يعتبر وصفا في الالتزام بالمعنى الفني ، لأنه لا يغير من قواعد تنفيذ الالتزام شيئا ، بل يكون للدائن أن يطالب بتنفيذ الالتزام فور نشوئه •

٤٠٢ - أنواع الأجل :

ينقسم الأجل فيما يتعلق بالتيقن من تاريخ وقوعه ، الى أجل محدد التاريخ وأجل غير معروف التاريخ ، فمشخصات الأجل تتوافر في الموت رغم انتهاء التيقن من حينه ، لأن وقوعه أمر محقق لا شبهة فيه (م ٢/٢٧١ مدني و ٣/١٠٠ موجبات) •

كذلك ينقسم الأجل من حيث مصدره الى : أجل اتفاقي ، وأجل قانوني ، وأجل قضائي .

فالأجل الاتفاقي مصدره ارادة المتعاقدين ، وهذا الأجل قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا تمليه ظروف التصرف أو طبيعة الالتزام (م ١٠٧ موجبات) . ففي المقولة يعتبر التزام المقاول مضافا الى أجل واقف ، لأن ظروف التصرف تقتضي قيامه بعمل يستغرق بعض الوقت .

والأجل القانوني هو ما يتكفل القانون بتحديدده . ومن أمثلة الأجل القانوني الواقف ، الوصية اذ هي مضافة الى أجل واقف هو موت الموصي . ومن أمثلة الأجل القانوني الفاسخ حق الاتفاح ، فهو ينقضي بسوت المنتعم .

وبجانب الأجل القانوني الذي تقرره النصوص الخاصة ، قد يتدخل المشرع في ظروف استثنائية كحرب أو أزمة اقتصادية ، فيقرر مد آجال الديون المستحقة ، رعاية للمصلحة العامة .

والأجل القضائي هو نظرة الميسرة وينسجها القاضي للمدين حسن النية اذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم (م ٣٤٦/٢ مدني و ١١٥ موجبات) .

٤.٢ - الأثر التي ترتب على اضافة الالتزام الى أجل واقف :

يترتب على اضافة الالتزام الى أجل واقف عدم نفاذه ، وهذا يؤدي الى النتائج الآتية :

أولا - لا يجوز للدائن مطالبة المدين بالوفاء قبل حلول الأجل .

ثانياً - إذا وفى المدين مع علمه بقيام الأجل اعتبر هذا نزولاً منه عن الأجل ، ولكن إذا كان المدين وقت الوفاء يجهل قيام الأجل فهل له استرداد ما أوفى ؟ في القانون اللبناني لا يجوز للمدين الذي وفى عن غلط قبل حلول الأجل استرداد ما أوفى (م ١٠٨ موجبات) .

أما في القانون المصري فله كقاعدة عامة استرداد ما أوفى (م ١/١٨٣ مدني) ، غير أنه استثناء من هذه القاعدة يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء الممجل في حدود ما لحق المدين من ضرر ، فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله تقوداً ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل (م ٢/١٨٣ مدني) .

ثالثاً - لا تقع المقاصة بين حق مؤجل وحق منجز (م ١/٣٦٢ مدني و ١/٣٣٠ موجبات) ، إلا إذا تنازل من تقرر الأجل لمصلحته عنه ، وتسك بالمقاصة .

رابعاً - لا يسري التقادم المسقط بالنسبة إلى الحق المؤجل قبل حلول الأجل ، لوجود المانع القانوني الذي يحول دون المطالبة به (م ٢/٣٨١ مدني و ١٠٨ موجبات) .

٤٠٤ - انقضاء الاجل :

قد ينقضي الأجل طبيعياً بحلول الميعاد المحدد له ، وقد ينقضي بالنزول عنه ممن تقرر الأجل لمصلحته ، ففي القرض بدون فائدة يجوز للمدين رد مبلغ القرض قبل حلول الأجل لأنه يعتبر مقرراً لمصلحته ، وفي الوديعة يعتبر الأجل مقرراً لمصلحة الدائن ، فله النزول عنه والمطالبة برد الوديعة

قبل الميعاد المحدد • وأخيراً قد يسقط الأجل بسبب من الأسباب التي نص عليها القانون وهو ما سنتناوله فيما يلي •

٤٠٥ - سقوط الأجل :

يسقط الأجل قبل الميعاد المحدد له في حالات معينة نص عليها المشرع (م ٢٧٣ مدني و ١١٣ موجبات) ، وهذه هي :

أولاً - إذا أشهر افلاس أو أعسار المدين ، وهذا طبعياً لأن الدائن لم يهمل المدين الا لثقتة في يساره ، فإذا شهر افلاسه أو اعساره فمعنى ذلك أنه لم يكن أهلاً لهذه الثقة •

ثانياً - إذا أضعف المدين بفعله التأمينات الخاصة التي أعطاها للدائن، كما لو قام بهدم العقار المقرر عليه رهن رسمي للدائن •

ثالثاً - إذا تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات ، كرهن أو كفالة ، والحكمة من ذلك واضحة ، وهي أن الدائن لم يقبل إهمال المدين في الوفاء الا بشرط تقديم التأمين الخاص المتفق عليه ، فان أخل المدين بوعده تعين سقوط الأجل وحلول الدين •

رابعاً - وفاة المدين في القانون اللبناني دون القانون المصري (م ١١٤ موجبات) •

المبحث الثالث

تعدد مهل الالتزام

٤٠٦ - الالتزام التخيري :

قد يكون للالتزام أكثر من محل تبرأ ذمة المدين اذا أدى واحداً

منها ، وهذا هو الالتزام التخييري ، والفرض من تعدد محل الالتزام في هذه الحالة هو رعاية جانب الدائن ، فلا ينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ اذا هلك أحد المطين بقوة قاهرة ، بل يضمن الوفاء بالمحل الآخر ، وبذلك يضمن الدائن تنفيذ التزامه عينا . ومثال ذلك أن يكون محل الالتزام منزلا أو أرضا زراعية ، فاذا هلك المنزل بسبب أجنبي كالحرق ، فلا ينقضي الالتزام بل يتحدد محله في الأرض (م ٢٧٥ - ٢٧٧ مدني و ٥٦ - ٦٧ موجبات) .

٤٠٧ - الالتزام البدلي :

قد يكون محل الالتزام شيئا واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر ، وهذا هو الالتزام البدلي ، ويسميه قانون الموجبات اللبناني الالتزام الاختياري ، ومثال ذلك العربون الذي يدفعه البائع في مقابل المدول عن البيع ، اذ محل التزام البائع هو المبيع ، ولكن تبرأ ذمته من هذا الالتزام اذا هو أدى العربون (م ٢٧٨ مدني و ٦٨ و ٦٩ موجبات) .

البحث الرابع

تعدد طرفي الالتزام

٤٠٨ - تعدد الدائنين والمدينين :

افترضنا حتى الآن قيام رابطة الالتزام بين دائن واحد ومدين واحد . ولكن قد يحدث أن يتعدد أشخاص هذه الرابطة ، سواء من ناحية الجانب الدائن ، أو من ناحية الجانب المدين ، أو من الجانبين معا . وقد يقع هذا التعدد ابتداء كما لو باع عدة ملاك على الشيوع المين المشاعة بينهم ، فيكون كل منهم دائنا للمشتري بالثمن بقدر نصيبه في المين المبيعة . وقد

يكون هذا التمدد طارئاً ، وهو ما يحدث في حالة وفاة الدائن عن عدة ورثة ، فيكون لكل وارث أن يطالب مدين المورث بقدر حصته في الدين .

والأصل أن تمدد طرفي الالتزام لا يغير من قواعد تنفيذه شيئاً إلا في حالي التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام .

المطلب الأول

التضامن

٤٠٩ - التضامن الإيجابي والتضامن السلبي :

التضامن وصف يحول دون انقضاء الحق في حالة تمدد الدائنين أو انقسام الالتزام في حالة تمدد المدينين ، وهو على هذا النحو قد يكون تضامناً إيجابياً أو تضامناً سلبياً .

والفرض من التضامن الإيجابي هو تسهيل عملية استيفاء الحق ، إذ يكون لكل من الدائنين التضامنين أن يستوفي كامل الدين من المدين ، كما يكون لهذا الأخير أن يبرأ ذمته من الدين بالوفاء به لأي من الدائنين . ولما كان هذا الفرض من الممكن تحقيقه عن طريق الوكالة ، قل بالتالي اشتراط التضامن بين الدائنين .

أما الفرض من التضامن السلبي فهو ضمان حصول الدائن على حقه دون أن يتعرض لخطر افسار أحد المدينين ، ذلك أن ضمانه المصام لاستيفاء كامل الدين لا ينصب على أموال مدين واحد ، بل على أموال سائر المدينين التضامنين ، ولذا يكون له أن يستأدي حقه كاملاً من أي منهم .

والتضامن سواء أكان إيجابيا أم سلبيا يقوم على مبادئ ثلاثة تحكم علاقة المتضامين ، سواء أكانوا دائنين أم مدينين ، بالطرف الآخر ، وهذه المبادئ هي :

أولا - وحدة المحل ، ويقصد بذلك أنه يوجد محل واحد لالتزام المدينين المتضامين نحو الدائن ، أو لحق الدائنين المتضامين نحو المدين .

ثانيا - تعدد الروابط ، ذلك أن وحدة المحل لا تمنع من أن كلا من الدائنين المتضامين تربط بالمدين رابطة مستقلة عن رابطة غيره من الدائنين . وأن كلا من المدينين المتضامين تربطه بالدائن رابطة مستقلة عن رابطة غيره من المدينين ، أي أن هناك عدد من الروابط القانونية بقدر عدد الدائنين أو المدينين ، وهذه الروابط يستقل بعضها عن البعض الآخر ، ولذا قد يلحق بعضها وصف يختلف عن الوصف الذي تسم به غيرها ، فقد يكون الدين معلقا على شرط بالنسبة لأحد المدينين ، ومضافا إلى أجل بالنسبة إلى غيره ، مما يتعين معه الاعتداد بالوصف اللاحق بكل رابطة .

ثالثا - النيابة التبادلية بين المتضامين فيما ينفع دون ما يضر .

هذا وسنقتصر في بحثنا في التضامن على تناول التضامن السلي لأهميته العملية . أما التضامن الإيجابي فسنقتل الكلام عنه نظرا لضآلة شأنه من جهة ، وإلى انصراف قسم المبادئ التي تحكم التضامن السلي إليه من جهة أخرى .

٤١٠ - مصادر التضامن السلي :

القاعدة أن التضامن لا يفترض في المسائل المدنية (م ٢٧٩ مدني

و ٢٤ موجبات) : بل يجب أن يتفق عليه في العقد أو أن ينص عليه القانون : بمعنى أنه إذا تناول الاتفاق عدة مدينين فلا يفترض التضامن فيما بينهم بل يجب أن يستفاد ذلك صراحة من العقد ، وأنه لا يجوز أن نقيس على حالات التضامن القانوني ما لم يرد في شأنه نص يقضي بذلك . ومن الأمثلة على حالات التضامن القانوني أنه إذا تعدد المسئولين عن العمل الضار كانوا متضمنين في انزامهم بتعويض الضرر (م ١٦٩ مدني و ١٣٧ موجبات) .

أما في المسائل التجارية فالأصل افتراض التضامن ما لم يستفاد العكس من العقد أو من القانون (م ٢/٢٤ موجبات) .

٤١١ - الآثار التي تترتب على وحدة المحل :

يترتب على وحدة المحل أي وحدة الدين في علاقة المدينين المتضامنين بالدين نتائج معينة تمثل فيما يلي :

أولا - للدائن مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين بكل الدين (م ١/٢٨٥ مدني) . وإذا رجع الدائن على المدينين منفردين فله مطلق الحرية في اختيار من يطالبه بأداء كل الدين ، فإن لم يستوف منه حقه كاملا بسبب اعساره ، كان له الرجوع بياقي الدين على غيره من المدينين .

ثانيا - يقبل حق الدائن في استيفاء كل الدين من أحد المدينين واجبه في قبول الوفاء من أي منهم . ويترتب على وفاء أحد المدينين ، براءة ذمة الباقي بقدر ما استوفاه الدائن منه ، بمعنى أنه إذا استوفى الدائن بعض الدين من أحد المدينين ، فلا يجوز له أن يطالب غيره من المدينين الا بياقي الدين (م ٢٨٤ مدني) .

ثالثا - التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين نفسه ، بمعنى أنه إذا كان الدين باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية السبب أو المحلل ، أو كان لما يستحق بعد لأنه مضاف الى أجل ، فيجوز لمن يطالبه الدائن بالوفاء أن يتمسك بهذا الدفع ، لأنه من قبيل الدفع المشترك بين جميع المدينين (م ٢٨٥ / ٢ مدني) .

٤١٢ - الآثار التي تترتب على تعدد الروابط :

يترتب على تعدد الروابط التي تربط المدينين التضامنين بالدائن ، واستقلال كل رابطة عن غيرها نتائج معينة تمثل فيما يأتي :

أولا - الاعتداد بالوصف الذي يلحق كل رابطة ، فقد تكون رابطة أحد المدينين منجزة . ورابطة غيره معلقة على شرط واقف أو مضافة الى أجل واقف ، وقد يكون الالتزام في جملة مؤجلات ثم يسقط الأجل بالنسبة الى أحد المدينين التضامنين فقط بسبب اعساره ، وفي جميع هذه الحالات يتعين على الدائن أن يراعي الوصف الذي يلحق رابطة المدين الذي يريد اقتضاء الدين منه (م ٢٨٥ / ١ مدني) .

ثانيا - ينبنى على تعدد الروابط أنه قد تنقضي رابطة الالتزام بالنسبة الى أحد المدينين التضامنين فقط ، دون أن تتأثر بذلك رابطة غيره من المدينين الا في حدود نصيب المدين الأول في الدين .

٤١٣ - الآثار التي تترتب على النيابة التبادلية :

تقتصر النيابة التبادلية فيما بين المدينين التضامنين على ما ينفع دون ما يضر ، من ذلك أنه إذا أقر أحد المدينين التضامنين بالدين فلا يسري هذا الاقرار في حق الباقيين ، وإذا وجه الدائن اليمين العاسمة الى

أحد المدينين فنكل عنها فلا يضار الباقيون من هذا التكرار ، أما إذا حلها
فيفيد من ذلك الباقيون .

وإذا صدر حكم على أحد المدينين التضامنين ، فلا يحتاج بهذا الحكم
على الباقيين ، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيفيد منه الباقيون ...
وهكذا .

٤١٤ - علاقة المدينين التضامنين فيما بينهم :

يحكم علاقة المدينين التضامنين فيما بينهم أمران هما :
أولاً - انقضاء الدين ، بمعنى أنه إذا كان الأصل هو التزام كل مدين
من المدينين التضامنين بكل الدين في علاقته بالدين ، إلا أنه فيما بين
المدينين أنفسهم يقسم الدين بينهم حصصاً - تساوية إلا إذا وجد اتفاق
أو نص يقضي بغير ذلك .

ثانياً - إذا وفي أحد المدينين التضامنين الدين للدائن كان له
الرجوع على باقي المدينين بحصة كل منهم في الدين ، سواء في ذلك كان
قد وفي جملة الدين أم جزءاً منه يزيد على نصيبه (م ٢٩٧ مدني و ٤٠
موجبات) .

وإذا تصادف في رجوع المدين الموفي على أحد المدينين أن وجده
معسراً ، فإنه لا يتحمل وحده تبعة هذا الاعسار بل يشاركه فيه باقي
المدينين كل بنسبة حصته في الدين (م ٢٩٨ مدني)^(١) .

(١) الحق المشرع اللبناني في الحكم حالة الغيبة بحالة الاعسار
(م ٤١٤ موجبات) .

المطلب الثاني

عدم قابلية الالتزام للانقسام

٤١٥ - التعريف بالالتزام غير القابل للانقسام :

يعتبر الالتزام غير قابل للانقسام اذا كان لا يقبل تجزئة الوفاء بالنظر الى طبيعة المحل الذي يرد عليه ، أو بالنظر الى الشروط التي وضعت في شأن تنفيذه .

ولا تستبين فائدة تقسيم الالتزام الى قابل وغير قابل للانقسام الا عند تعدد طرفيه ، سواء أكان ذلك التعدد في المدينين أو في الدائنين أو فيهما معا . ذلك أنه اذا لم تضم رابطة الالتزام الا دائئا واحدا ومدينا واحدا ، تعين على هذا الأخير أن ينفذ التزامه كاملا ولو كان هذا الالتزام قابلا للانقسام (١/٣٤٢ مديني و ١/٣٥٠ موجبات) .

٤١٦ - اسباب عدم القابلية للانقسام :

ترجع عدم قابلية الالتزام للانقسام اما الى طبيعة المحل الذي يرد عليه . واما الى اتفاق المتعاقدين أو نص القانون (م ٣٥٠ مديني و ٧٠ موجبات) .

٤١٧ - عدم الانقسام الطبيعي :

يفرق الشراح بين نوعين من عدم الانقسام الطبيعي : أحدهما يكون فيه عدم الانقسام مطلقا لأن المحل يستعصي بأي صورة من الصور على الانقسام كما لو باع شخصان حيوانا حيا ، فالالتزام كل منهما بتسليمه حيا لا يقبل الانقسام ، ولذا يكون للمشتري الرجوع على أيهما مطالبأياه بتنفيذ كامل الالتزام ، والآخر يكون فيه عدم الانقسام نسبيا ، لأن المحل

وان كان يقبل الانقسام الا أنه تمتنع تجزئته بالنظر الى الغرض المقصود منه ، مثال ذلك التزام مقاول ببناء منزل ، فهذا الالتزام من الممكن تجزئته وفقا لطبيعة العمل من بناء أو نجارة أو حدادة ... الخ ، كما يمكن انقسامه وفقا لمراحل العمل المتعاقبة ، ومع ذلك فالالتزام المقاول يعتبر وحدة لا تقبل التجزئة ، لأنه محله وفقا لفرض المتعاقدين هو المنزل بأكمله لا أجزاء منه .

٤١٨ - عدم الانقسام الشروط :

يرجع عدم الانقسام الشروط أو عدم الانقسام العرضي لا الى طبيعة الحل (فالمحل يكون فيه قابلا للانقسام) بل الى اتفاق المتعاقدين الصريح أو الضمني ، أو الى نص في القانون .

ومن الأمثلة على عدم الانقسام الاتفاقي أن يبيع شخص قطعتي أرض الى مشتر واحد بمقد واحد ، ويكون مفهوما فيما بين المتعاقدين أن البائع قد أراد بهذا التصرف أن يوفي من ثمنها معا دينا عليه ، فيكون التزام المشتري بالنسبة للقطعتين التزاما واحدا لا يقبل الانقسام .

٤١٩ - آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام :

يترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام أن يكون للدائن مطالبة أي مدين من المدينين متعددين بوفاء كامل الالتزام ، وليس للمدين المطالب أن يحيل الدائن على باقي المدينين ، بل كل ما له هو أن يطالب تأجيل الدعوى حتى يدخل بقي المدينين فيها .

واذا تعدد الدائنون بالتزام غير قابل للانقسام ، سواء نشأ هذا التعدد ابتداء عند قيام الرابطة القانونية أو نتيجة نفاذ الدائن عن عدة

ورثة ، كان لكل منهم أن يستأجر كل الدين من المدين (١/٣٠٢ مدني)^(١) .

(١) يختلف الحكم في القانون اللبناني عنه في القانون المصري ، لان القانون اللبناني يتطلب ان يوفي المدين لجميع الدائنين معا ، كما ان كل دائن منهم لا يستطيع ان يطلب التنفيذ الا باسم الجميع وبتفويض منهم (م ٧٢ موجبات) .

الفصل الثاني

انتقال الالتزام

٤٢٠ - حوالة الحق وحوالة الدين :

رأينا أن الرابطة القانونية بين الدائن والمدين تسمى بالحق إذا نظر إليها من جانب الدائن وتسمى بالالتزام أو الدين إذا نظر إليها من ناحية المدين . ويمكن التصرف في هذه الرابطة باعتبارها حقا وهذه هي حوالة الحق ، كما يمكن التصرف فيها باعتبارها دينا وهذه هي حوالة الدين .

الفرع الأول

حوالة الحق

٤٢١ - التعريف بحوالة الحق :

حوالة الحق اتفاق ينتقل به الدائن ما له من حق قبل المدين الى شخص آخر يصبح دائما مكانه . ويسمى الدائن الأصلي في هذه الحالة بالمحيل ، والدائن الجديد بالمحال له ، والمدين بالمحال عليه .

وحوالة الحق قد تتم في مقابل ثمن تقدي فتأخذ حكم البيع ، وقد تتم بلا مقابل فتأخذ حكم الهبة (م ٣٠٣ - ٣١٤ مدني و ٢٨٠ - ٢٨٦ موجدات) .

٤٢٢ - شروط انعقاد ونفاذ الحوالة :

تم حوالة الحق برضاء المحيل والمحال له فقط ، غير أنها لا تنفذ في مواجهة المدين الا بقبوله للحوالة أو اعلانه بها ، كما لا تنفذ في مواجهة الغير (كحال له ثان) الا اذا كان هذا القبول أو الاعلان ثابت التاريخ . والاعلان يعتبر دائما ثابت التاريخ لأنه يتم بورقة رسمية من أوراق المحضرين .

وإذا كان الأصل أن تنفذ الحوالة قبل الغير بقبول المدين لها أو اعلانه بها الثابت التاريخ ، الا أنه ترد على هذا الأصل استثناءات يقصد بها قارة التشديد وقارة التخفيف من الاجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة .

فمن الاجراءات التي يقصد بها التشديد أن حوالة الأجرة المعجلة مدة تزيد على ثلاث سنوات يجب تسجيلها حتى تسري على الغير (١١٠) من قانون الشهر العقاري المصري) .

ومن الاجراءات التي يقصد بها التخفيف ما تعلق بالسندات اعلمها ، فهذه السندات تنتقل الملكية فيها بالتسليم في مواجهة الكافة دون حاجة الى اجراء آخر وكذلك الشأن فيما يتعلق بالسندات الاذنية من كسبيلات وسندات تحت الاذن وشيكات ، فهذه السندات تتم حوالتها وتكون نافذة قبل المدين والغير بطريق التظهير أي بطريق التحويل على ظهر السند .

الفرع الثاني

حوالة الدين

٤٢٣ - التعريف بحوالة الدين :

حوالة الدين اتفاق ينتقل به عبء الدين من المدين الأصلي الى

شخص آخر . وأهم ما تتميز به حوالة الدين هو أن بما تبرأ ذمة المدين الأصلي قبل الدائن ، كما أن نفس الدين بصفاته كما لو كان معلقا على شرط أو مضافا الى أجل ، وبدفوعه كما لو كان قابلا للإبطال ، وبتأميناته كما لو كان مضموفا برهن رسمي ، ينتقل الى المدين الجديد (م ٣١٥ - ٣٢٢ مدني و ٢٨٧ - ٢٨٩ موجبات) .

٤٢٤ - شروط انعقاد ونفاذ حوالة الدين :

تنعقد حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلي وهو المحيل مع المدين الجديد وهو المحال عليه ، ونكتنها لا تكون نافذة في حق الدائن الا اذا أقرها ، واذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة الى الدائن ، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة .

واقرار الدائن للحوالة أو رفضه لها قد يكون صريحا أو ضمنيا .

٤٢٥ - آثار حوالة الدين :

اذا أقر الدائن الحوالة انتقل الدين ذاته من المدين الأصلي الى المحال وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار، ذمة المدين الأصلي .

ولما كان الاستخلاف يتم على نفس الدين الأصلي ، فان هذا السدين يظل محتفظا بصفاته ودفوعه وتأميناته .

٤٢٦ - صورة خاصة لحوالة الدين :

كما تنعقد الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، كذلك

تتعقد باتفاق بين الدائن والمحال عليه • ولا يشترط في هذه الصورة رضا المدين الأصلي بالحوالة ، فهي تعقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها ، لأنه إذا كان الوفاء يجوز من غير المدين ولو بغير علمه أو رغم معارضته ، فكذلك يجوز أن يتحمل الغير الدين عن المدين دون حاجة إلى رضاه (م ٣٢٣ مدني و ٢٩٢ موجبات) •

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام

٤٢٧ - أسباب الانقضاء :

يمكن رد أسباب انقضاء الالتزام الى ثلاث طوائف جامعة وهي :

أولا - انقضاء الالتزام بالوفاء ، وهو السبب المألوف في أداء الحقوق .

ثانيا - انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، ويتحقق ذلك في الوفاء ، بمقابل أو الوفاء بأداء العوض كما يسميه القانون اللبناني ، والتجديد والائابة ، والمقابلة ، واتحاد الذمة .

ثالثا - انقضاء الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء ، ويكون ذلك في الإبراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم المسقط .

الفرع الأول

الوفاء

٤٢٨ - التعريف بالوفاء ونوعه :

الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام ، لأنه يتمثل في تنفيذ

ذات الالتزام الذي تعهد به المدين أيا كان محله ، أي سواء أكان محله دفع مبلغ من النقود ، أو تسليم شيء ، أو القيام بعمل ... الخ . وبذلك يختلف المعنى القانوني للوفاء ، عن معناه الدارج ، اذ يقتصر في المعنى الأخير على النقود كمحل للالتزام .

والوفاء قد يكون بسيطا ، وهذه هي الصورة العادية له ، وقد يكون وفاءً مع الحلول اذا قام غير المدين بوفاء الدائن وحل محله في الرجوع على المدين ، وستنظر فيما يلي في كل نوع من هذين النوعين .

البحث الاول

الوفاء البسيط

٤٢٩ - الموجب :

الأصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لأنه صاحب المصلحة في قضاء الدين ، وقد يتولاه عنه نائبه سواء أكانت نيابته قانونية أو اتفاقية كالولي والوصي والوكيل .

وقد يتم الوفاء من غير المدين ، وهذا الغير قد تكون له مصلحة في الوفاء بالمدين كما لو كان كميلا أو مدينا متضامنا . وقد لا تكون للغير مصلحة في الوفاء . ولكن يقوم به اما الرغبة في التبرع للمدين بقيمة الدين الذي وفاه عنه ، واما لأنه فضولي ورأى أن يقي المدين شر إجراءات التنفيذ القهري المهدد بها على أمواله .

والأصل أنه ليس للدائن رفض الوفاء من غير المدين ، بل هو ملزم بقبوله الا في حالتين :

الأولى - إذا نص في الاتحاق المنشئ للالتزام أو استوجبت طبيعته أن يقوم به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غيره (م ٢٠٨ مدني و ٢٩٢ / ١ موجبات) .

الثانية - إذا كان الغير الذي يريد الوفاء ، بالمدين لا مصلحة له في ذلك ، واعترض المدين على قبول الوفاء منه وأبلغ الدائن هذا الاعتراض . وفي هذه الحالة يكون الدائن حرا بين قبول الوفاء من الغير أو رفضه ، ولو أنه من الصعب تصور رفض الدائن للوفاء في هذه الحالة (م ٢/٣٢٣ مدني) .

٤٢٠ - الوفاء له :

القاعدة أن الدائن هو ذو الصفة في استيفاء الدين ، وله أن ينيب عنه وكيلًا في ذلك . ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن أهلا لاستيفاء الدين ، فإذا كان قاصرا وجب أن يتم الوفاء لنائبه القانوني كالولي أو الوصي ، فإذا حصل الوفاء مع ذلك للقاصر كان قابلا للإبطال ، ولا يزول عنه هذا العيب إلا إذا أجازته القاصر بعد بلوغه سن الرشد .

على أن الوفاء لتاقص الأهلية وإن كان معيبا ، إلا أنه يبرئ ذمة المدين من الدين بقدر ما عاد على القاصر من منفعة الوفاء ، كما لو أقره في تعليمه مثلا .

وإذا تم الوفاء لغير الدائن أو لغير ذي صفة في استيفاء الدين ، فلا تبرأ ذمة المدين من الدين ، ويشتمل عليه الوفاء به ثانية للدائن ، لأن القاعدة أن من رضي بالمدين غلطا يفي به مرتين . غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حالات ثلاث وهي :

أولاً - اقرار الدائن للوفاء .

ثانياً - اذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة . مثال على ذلك أن يقوم المدين بوفاء الدين لدائن الدائن دون أن يطالبه هذا الأخير بالوفاء ، ففي هذه الحالة تبرأ ذمة المدين بقدر ما انقضى من دين على دائنه للموفي له .

ثالثاً - اذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته وهو ما يسمى بالدائن الظاهر ، كما لو تم الوفاء لوارث ثم ظهر فيما بعد أنه محبوب بوارث آخر (الوارث الظاهر) ، أو تم الوفاء لموصي له ثم تبين أن الوصية باطلة .

٢١) محل الوفاء :

الأصل أن يكون الوفاء بعين ما التزم به المدين ، سواء كان الالتزام بإعطاء شيء أو كان التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل ، فلا يجوز للمدين إلزام الدائن بقبول شيء آخر غير الشيء المستحق ولو كان مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى (م ٣٤١ مدني و ١/٩٩ موجبات) .

وإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع ، فليس على المدين ، اذا لم تذكر درجة الجودة ، إلا الوفاء بشيء من المصنف المتوسط ، بمعنى أنه لا يلتزم بالوفاء بشيء من أجود صنف ، كما لا يجوز له الوفاء بشيء من أدنى صنف ، (م ٢/١٣٣ مدني و ٣٩٩ موجبات) .

وإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، عقاراً كان أم منقولاً ، وجب على المدين تسليمه الى الدائن بالصفة التي هو عليها وقت الوفاء ، إلا اذا اتفق على غير ذلك .

وإذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر (م ١٣٤ مدني) .

٤٢٢ - عدم جواز تجزئة الوفاء :

إذا كان الدين معين المقدار مستحق الاداء ، فلا يجوز الزام الدائن بقبول الوفاء بجزء منه ولو كان هذا الدين قابلا للانقسام . وهذه القاعدة لا تنصرف فقط الى أصل الدين بل تسري كذلك بالنسبة للمحقات كالمصارف والتوائد ، فلا يجوز للمدين اجبار الدائن على قبول الوفاء بأصل الدين منفصلا عن ملحقاته .

على أن الحكم السابق في شأن عدم تجزئة الوفاء لا يجري على إطلاقه ، بل ترد عليه استثناءات معينة : فقد يتفق في العقد على تحويل المدين حق تجزئة الوفاء ، وقد ينظر القاضي المدين الى آجال تنفيذ فيها التزامه (م ٣٤٦ / ٢ مدني و ٣ / ٣٠٠ موجبات) ، وقد يسمح القانون هذه التجزئة كما هو الشأن في المقاصة وبها يتقضي الدينان بقدر الأقل منهما (م ٣٠٠ / ٢ موجبات) .

٤٢٣ - تعدد الديون من جنس واحد واحتساب الخصم :

إذا تعددت الديون في ذمة المدين لدائن واحد ، وكانت جميعها من جنس واحد كتقود مثلا ، وأدى المدين مبلغا لا يفي بها جميعا ، فعلى أي أساس يكون احتساب الخصم أي تعيين جهة الدفع ؟

تعرض هذه المسألة في حالتين : الأولى إذا كان المبلغ الذي دفعه المدين لا يكفي للوفاء بأصل الدين وما يتبعه من ملحقات كمصارف

وفوائد ، وفي هذه الحالة يخضع ما يؤديه المدين من حساب المصروفات ، ثم من حساب الفوائد ، ثم من أصل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك .
الثانية اذا تعددت الديون واتحدت جنسا ، كان للمدين الخيار في تعيين ما يقصد الى وفائه منها ، ما لم يحصل دون ذلك مانع اتفاقي ، كما لو اتفق على أن يبدأ الوفاء بدين معين ، أو مانع قانوني ، كما لو اختار الخصم من دين مضاف الى أجل ضرب لمصلحة الدائن .

واذا لم يعين المدين الدين الذي يريد قضاءه، انتقل هذا الخيار الى الدائن في القانون اللبناني ، أما في القانون المصري فيتولى القانون في هذه الحالة تعيين جهة الدفع .

وجهة الدفع وفقا للقانون هي على الترتيب الآتي : يكون الخصم من حساب الدين المستحق الأداء ، فإذا توافر هذا الوصف في عدة ديون فيكون الخصم من حساب الدين الذي يكون للمدين في الوفاء به مصلحة أكثر من سواء ، كما لو كان هذا الدين يقل فائدة أكبر ، فإذا تساوت الديون في الكلفة فيكون الخصم من حساب الدين الذي يعينه الدائن في القانون المصري ، ومن حساب الديون جميعا بنسبة مقاديرها في القانون اللبناني (راجع المواد ٣٤٣ - ٣٤٥ مدني و ٣٠٧ - ٣٠٩ موجبات) .

٤٣٤ - زمان ومكان الوفاء ومصاريفه :

يعتبر الالتزام بصفة عامة مستحق الأداء بمجرد نشوئه الا اذا كان مضافا الى أجل أو معلقا على شرط واقف . ويجوز للقاضي أن يمهل المدين حسن النية الى أجل معقول أو الى آجال ينقذ فيها التزامه اذا كان ذلك لا يضر بالدائن ضررا جسيما (م ٣/٤٦ مدني و ٣/٣٠٠ موجبات) ، ويسمى ذلك بنظرة الميسرة .

وفيما يتعلق بمكان الوفاء يرجع الى ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية في هذا الشأن ، فإذا لم تبين هذه الارادة أو كان الالتزام قانونيا وجب الرجوع الى الأحكام التي أوردها المشرع في هذا الموضوع ، ومن مقتضاها يكون الوفاء بالأشياء المعينة بالذات في مكان وجودها وقت نشوء الالتزام ، ويكون الوفاء بالأشياء المعينة بالنوع في موطن المدين وقت الوفاء ، لأن القاعدة بالنسبة لهذه الأشياء كالنقود مثلا أن على الدائن أن يسعى الى استيفاء حقه دون أن يسعى المدين الى الوفاء به ، ويعبر عن هذه القاعدة بأن « الدين مطلوب لا محمول » (راجع = ٣٤٧ مدني و ٣٠٢ موجبات) .

أما عن مصاريف الوفاء فالأصل أن يتحمل بها المدين الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (= ٣٤٨ مدني و ٣٠٤ موجبات) .

المبحث الثاني

الوفاء مع الحلول

٤٣٥ - التعريف بالوفاء مع الحلول وفائدته :

الوفاء اما أن يتم بمعرفة المدين نفسه واما أن يتم بمعرفة الغير ، فان تم بمعرفة المدين انقضى الدين نهائيا ، وان تم بمعرفة الغير كان له الرجوع على المدين بأحد دعويين هما : الدعوى الشخصية باعتباره دائنا بدين جديد ، واما بدعوى الحلول باعتباره قد حل محل الدائن الأصلي في الدين القديم بما له من خصائص وما يرد عليه من دفع وما يتبعه من تأمينات .

وفائدة الوفاء مع الحلول . تتجلى بالنسبة للسوفي في الحصول على توظيف مأمون لأمواله وبالنسبة للدائن في حصوله على حقه في وقت قد لا يستطيع المدين الوفاء له به ، وبالنسبة للمدين في تجنب التنفيذ على

أمواله بمعرفة الدائن ، في فترة قد يتعذر فيها عليه تلاقى مثل هذا الاجراء .

٤٣٦ - حالات الوفاء مع الطول :

الطول على نوعين ، فهو قد يكون اتفاقيا ، يتم باتفاق الغير مع الدائن أو باتفاق الغير مع المدين ، وقد يكون قانونيا يتم بقوة القانون دون حاجة الى اتفاق في حالات معينة .

٤٣٧ - الطول بالاتفاق مع الدائن :

يتم الطول بالاتفاق مع الدائن بأن يتفق الدائن مع الغير الذي وفى له حقه على أن يعجل المير محله في الحق الذي وفاه ، ولا ضرورة لرضاء المدين بذلك .

ويجب أن يتم الاتفاق على الطول بين الدائن والموفي وقت الوفاء منعا للنش ، لأن الدائن قد يتواطأ مع المدين بعد أن يكون قد استوفى حقه ، فيتفقان غشا على طول أحد الأختيار لتعويت حق دائن مرتهن ثان متأخر في المرتبة ، فيما لو أقر المشرع صحة الاتفاق على الطول بعد الوفاء (م ٣٢٧ مدني و ٣١٣ موجبات) .

ويشترط في المخالصة التي تتضمن وفاء مع الطول أن تكون ثابتة التاريخ حتى يحتج بالاتفاق على الطول في مواجهة الغير كالدائن المرتهن الثاني مثلا .

٤٣٨ - الطول بالاتفاق مع المدين :

يجوز للمدين الاتفاق مع الغير على الوفاء بدعين الدائن والطول ولو بدون رضاء الدائن ، إذا توافرت الشروط الآتية :

أولا — أن يكون هناك قرض عقده المدين مع الغير بقصد الحصول على المال اللازم للوفاء بدين الدائن .

ثانيا — أن يذكر في عقد القرض أن المال المقرض قد خصص للوفاء بدين الدائن .

ثالثا — أن يذكر في المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد .

رابعا — أن يكون لعقد القرض ولسند المخالصة تاريخ ثابت منعا للفس . لأن المدين قد يوفي الدائن المرتضن الأول من ماله الخاص ، ثم يحتاج بعد ذلك الى تقود فيتفق مع المقرض على تقديم تاريخ القرض حتى يسبق تاريخ الوفاء ، ليحل بذلك المقرض حل الدائن المرتضن الأول ، أضرارا بالدائن المرتضن الثاني ، في حين أن مثل هذا التحيل يستع اذا اشترطنا ثبوت تاريخ القرض وتاريخ المخالصة حتى يحتج بها في مواجهة الغير ، كالدائن المرتضن الثاني (م ٣٢٨ مدني و ٣١٤ موجبات) .

٤٢٩ — الطول القانوني :

يتم الطول بقوة القانون في حالات معينة دون حاجة الى اتفاق الموفي مع المدين أو مع الدائن ، والجامع بين هذه الحالات أن الموفي يكون غيرا له مصلحة في الوفاء بالدين . وقد تناولت هذه الحالات المادتان ٣٢٦ مدني و ٣١٢ موجبات ، من ذلك حالة ما اذا كان للموفي شخصا ملزما بالدين مع المدين كالدائن التضامن أو شخصا ملزما بالوفاء الدين عن المدين كالكفيل .

الفرع الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٤٤٠ - طرق الانقضاء العادلة للوفاء :

ينقضي الالتزام بما يعادل الوفاء بسبب من الأسباب الآتية : الوفاء بمقابل : التجديد والافاقية ، المقاصة ، اتحاد الذمة . ويجمع هذه الأسباب كلها ، أن كلا منها يهيء سبيلا لبراء ذمة المدين دون الوفاء بعين ما التزم به .

فعي الوفاء بمقابل يتلقى الدائن شيئا آخر خلاف الشيء محل الالتزام ، وفي التجديد يفي المدين الالتزام القديم بانشاء التزام جديد ، وفي المقاصة واتحاد الذمة يتم الوفاء للدائن بانقضاء التزام عليه .

المبحث الاول

الوفاء بمقابل

٤٤١ - التعريف بالوفاء بمقابل :

الوفاء بمقابل ويسمى كذلك بالاعتياض أو الايفاء بأداء العوض كما أطلق عليه المشرع اللبناني ، هو قبول الدائن من المدين في استيفاء حقه شيئا آخر خلاف الشيء المستحق أصلا . واذا كانت الصورة الغالبة للوفاء بمقابل هو أن ينقل المدين الى الدائن ملكية عقار أو منقول وفاء لالتزام بمبلغ من النقود ، إلا أن ليس هناك ما يمنع من أن يكون الالتزام الأصلي متعلقا بنقل ملكية عقار معين كأرض ، فيقبل الدائن وفاء لهذا الالتزام بتقديم عقار آخر كمنزل مثلا ، أو أن يقبل بدلا منه مبلغا من النقود .

٤٤٢ - الشروط اللازمة لتحقيق الاعتياض :

فأهر من التعريف السابق ومن الأمثلة التي أوردناها لوفاء بمقابل ، أنه يشترط تحقيق لأعتياض :

أولا - أن يعطي المدين للدائن شيئا وفاء لالتزام عليه .

ثانيا - ألا يكون هذا الشيء هو المستحق أصلا على المدين .

ثالثا - أن يقبل الدائن الوفاء بمقابل ، غير أنه لا يشترط في قبول الدائن أن يكون صريحا ، بل قد يكون ضميا ، ويعد من قبيل القبول الضمني عدم اعتراض الدائن أو ابداء أي تحفظ عند الإيفاء بآداء العوض (٣٥٠ و ٣٥١ مدني و ٣١٨ و ٣١٩ موجبات) .

البحث الثاني

التجديد والائابة

٤٤٣ - التعريف بالتجديد وانواعه :

التجديد هو اتفاق يقصد به استبدال التزام جديد بالتزام قديم مغاير له في عنصر من عناصره . هذا العنصر قد يكون متعلقا بالدين ، أو بشخص المدين ، أو بشخص الدائن (راجع ٣٥٢ - ٣٥٨ مدني و ٣٣٠ - ٣٣٥ موجبات) .

فالتجديد بتغيير الدين يتم بين نفس طرفيه ، من طريق تغيير محله أو سببه ، وبذلك ينشأ بينهما التزام جديد مغاير للالتزام القديم في المحل أو السبب أي المصدر . ومثال التجديد بتغيير المحل ، لاتفاق على أن يلتزم

شخص مدين بمقدار معين من القمح ، على اعطاء الدائن مبلغا من النقود
بدلا منه أو العكس •

ومثال التجديد بتغير السبب أي المصدر ، استبقاء المشتري أو
المستأجر دين الثمن أو دين الأجرة على سبيل القرض •

أما التجديد بتغير المدين فيتم بأحد طريقين : الأول - أن يتفق الدائن
مع أحد الأغيار على أن يكون مدينا مكان المدين الأصلي ، مع براءة ذمة
هذا الأخير ، ويسمى التجديد في هذه الحالة تعهدا بالوفاء ، ويتم دون
حاجة الى رضا المدين الأصلي به • الثاني - أن يتفق المدين مع الدائن
على أن يكون شخص آخر مدينا مكانه ، ويقبل هذا الشخص أن يكون
هو المدين الجديد : أي أن التجديد يتم في هذه الحالة برضاء الأطراف
الثلاثة وتسمى هذه الحالة بالانابة الكاملة في الوفاء •

أما التجديد بتغير الدائن فيتم بالاتفاق بين الدائن والمدين والأجنبي
على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد •

٤٤٤ - آثار التجديد :

يستتبع التجديد انقضاء الالتزام القديم بتوابعه ، ومن هذه التوابع
التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به : إلا أن المشرع أجاز الاتحاق على نقل
هذه التأمينات الى الالتزام الجديد بشرط عدم الأضرار بالتغير ، ولهذا
يشترط أن يتم الاتفاق على نقل التأمينات مع الاتحاق على التجديد في
وقت واحد ، وأن يكون هذا الاتفاق ثابت التاريخ • لأنه لو تم التجديد
دون اتفاق على نقل التأمينات : لانقضى الالتزام القديم بتأميناته ، دون
استطاعة بمثلها من جديد •

٤٤٥ - الإثابة :

الإثابة عمل قانوني به يحصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه . وهي على هذا النحو تفرض وجود أطراف ثلاثة هم : المنيب (المفوض) أي المدين ؛ والمناب لديه (المفوض لديه) أي الدائن . والمناب (المفوض اليه) وهو الغير الذي يرتضي وفاء الدين مكان المدين .

ولا تقتضي الإثابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين (المنيب) والأجنبي (المناب) ، ولو أن الغالب أن يكون المنيب دائما للمناب ، فيرتضي الأخير الإثابة ليقضي عن طريقها هذا الدين ، كما لو باع مدين عقارا له وكلف المشتري بدفع الثمن لدائنه .

٤٤٦ - أنواع الإثابة :

تنقسم الإثابة الى نوعين : الأول - الإثابة الناقصة وفيها لا يرى المناب لديه ذمة مدينه المنيب ، بل يقبل المناب كمدين آخر ، فيكون له مدينان عوضا عن مدين واحد ، وهذا هو الفرض الغالب . الثاني - الإثابة الكاملة وفيها يرى المناب لديه أي الدائن ذمة مدينه المنيب ، ويرتضي المناب مدينا بدله ، ولذا فهي تتضمن تجديدا بتغيير المدين (راجع المواد ٣٥٩ - ٣٦١ مدني و ٣٢٦ و ٣٢٧ موجبات) .

المبحث الثالث

المقاصة

٤٤٧ - التعريف بالمقاصة وأهميتها :

المقاصة (La compensation) طريق من طرق انقضاء الالتزام ،

تفرض منها تسهيل عملية الوفاء به ، بمنع الوفاء المزدوج • وتتحقق المقاصة عندما يتلافى دينان في ذمة شخصين ، اجتمعت في كل منهما صفة الدين والدين ، فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما •

وهيه مقاصة تمثل في انها تعتبر بالنسبة لكل طرف من طرفيها بمثابة ضمان يجنبه مزاحمة باقي دائني الطرف الآخر ، فيما لو اضطر الى الوفاء به عليه • انه الرجوع بما له على مدينه ، رضى هذا النحو تعتبر المقاصة حكمة من الحالات النادرة التي يتمتع فيها الدائن العادي بامتياز فعلي بالنسبة لباقي دائني مدينه (راجع المواد ٣٦٢ - ٣٦٩ مدني و ٣٢٨ - ٣٣٦ موجبات) •

٤٤٨ - انواع المقاصة :

المقاصة على أنواع ثلاثة : مقاصة قانونية وتقع بحكم القانون اذا توافرت شروطها ، وهي التي تعنيها هنا • ومقاصة اختيارية وتقع باتفاق الطرفين أو بأرادة أحدهما ، اذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية ، وكان مقصود به مصلحة الطرفين معا أو مصلحة أحدهما فقط • وأخيرا مقاصة قضائية وتقع بحكم القضاء اذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية كذلك •

٤٤٩ - شروط المقاصة القانونية :

يشترط لوقوع المقاصة القانونية توافر الشروط الآتية :

أولا - أن يكون الدينان بين نفس الشخصين •

ثانيا - أن يكون الدينان واردين على تقود أو مثاليات متحدة في النوع •

- ثالثا - أن يكون الدينان خالين من النزاع .
- رابعا - أن يكون الدينان مستحقي الأداء .
- خامسا - أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء .

٥٠ - الشرط الأول - أن يكون الدينان بين نفس الشخصين :

يجب لوقوع المقاصة أن يكون هناك تقابل بين الدينين ، والتقابل يتطلب أن يكون كل شخص دائئا ومدينا للآخر في نفس الوقت .

كذلك يستلزم التقابل أن يكون كل شخص دائئا ومدينا بصفة واحدة . فإذا كان أحد الشخصين دائئا للآخر بصفته وصيا على قاصر . ومدينا له بصفته الشخصية : فلا يستطيع أن يطلب المقاصة بين حق القاصر ودينه الشخصي .

ولا يجوز للشريك أن يطلب المقاصة بين ما هو حق للشركة وبين دينه الشخصي . ولا يصح للوكيل أن يطلب المقاصة بين حق موكله ودينه هو .

٥١ - الشرط الثاني - أن يكون الدينان واردين على نقود او مثليات متحدة في النوع :

لما كانت المقاصة تقوم بالنسبة لانقضاء الالتزام مقام الوفاء : وجب أن يكون موضوع الدينين من نوع واحد : حتى يستوفي كل طرف الشيء المستحق له ، وعادة تقع المقاصة بين دينين من النقود ، غير أنه من الجائز أن تقع بين أشياء مثلية أخرى ، بشرط أن تكون متحدة في النوع ودرجة الجودة . كمقاصة قطن بقطن من نفس الصنف ودرجة الجودة .

٤٥٢ - الشرط الثالث - أن يكون الدينان خاليين من النزاع :

يعتبر الدين خاليا من النزاع اذا كان ثابتا أي مؤكدا ، ومقدرا . ويشترط في النزاع الذي يمنع وقوع المقاصة القانونية أن يكون جديا ، والفرض من هذا الشرط الأخير هو منع المدين من إثارة متازعة مصطنعة في دين ثابت حتى يعول دون وقوع المقاصة .

ولكن اذا كان النزاع جديا ، وامتنع وقسوع المقاصة القانونية ، فيمكن لصاحب المصلحة المطالبة بالمقاصة القضائية . وكما يجب أن يكون الدين ثابتا، فيجب كذلك أن يكون مقدرا، والا امتنع وقوع المقاصة القانونية، ومثال الدين غير المقدر ، التزام بتعويض لم يقدره القضاء بمد .

٤٥٣ - الشرط الرابع - أن يكون الدينان مستحقين الأداء :

لما كانت المقاصة تعتبر وفاء قانونيا مزدوجا ، وجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء . وعلى ذلك تمتع المقاصة اذا كان أحد الدينين معلقا على شرط واقف لم يتحقق بمد ، أو مقترنا بأجل واقف لم يحل بمد .

هذا مع ملاحظة أنه لا تحول دون وقوع المقاصة نظرة الميسرة التي ينحها القاضي ، لأن نظرة الميسرة المقصود بها رعاية المدين الذي يقتصر مؤقتا الى المال اللازم للوفاء بدينه ، فان ظهر له مال تمثل في حق له قبل دائه . وجب اعمال المقاصة .

٤٥٤ - الشرط الخامس - أن يكون الدينان صالحين للحلابة بهما قضاء :

أي يجب أن يكون كل من الدينين من الممكن رفع الدعوى به لقهر المدين على الوفاء به . وعلى ذلك لا تقع المقاصة اذا كان أحد الالتزامين التزاما طيعيا ، والآخر التزاما مدنيا ، لأن الالتزام الطيعي لا يمكن المطالبة به قضاء وقهر المدين به على الوفاء .

٢٥٥ - الديون التي لا تجوز فيها المقاصة القانونية :

الأصل أن المقاصة تقع في الديون أيا كان مصدرها ، غير أن المشرع استبعد حالات معينة من هذا الأصل ، وقرر عدم جواز المقاصة القانونية فيها ولو توافرت شروطها ، وهذه الحالات هي :

أولا - إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده . وليس هذا الا تطبيقا لقاعدة حظر اتصاف الشخص لنفسه .

ثانيا - إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية الاستعمال وكان مضوبا رده . والعلة في هذا الاستثناء أن مناط الوديعة أو العارية هي الثقة التي للمودع أو المميز في شخص المودع لديه أو المستعير ، وهذه الثقة تستوجب رد الشيء المودع أو المعار ، ولو كان حافظ الوديعة أو المستعير دائما بمثل ما أؤتمن عليه ، لما لهذا الائتمان الخاص من اعتبار في هذين النوعين من العقود .

ثالثا - إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز ، والعلة في هذا أن المقاصة لا تعتبر وفاء اختياريا بل وفاء قهريا ، ولذا تأخذ حكم الحجز ، ويستمتع التمسك بها إذا كان أحد الحقيين غير قابل للحجز عليه . وعلى ذلك لا يجوز لمن كان مدينا بدين ثقة أن يتمسك في مواجهة دائئه بالمقاصة ، لأن حق الثقة غير قابل للحجز .

رابعا - إذا نزل المدين مقدما عن حقه في التمسك بالمقاصة وذلك في القانون اللبناني فقط (م ٣٣١ / ٤) دون القانون المصري . ذلك أن القانون الأخير ينص في المادة ١/١٦٥ مدني على أنه لا يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها ، أي قبل توافر شروطها ، وذلك حماية منه للجانب الضعيف من المتعاملين ، بعد أن تبين أن من الدائنين - وخاصة

ابنوك - من يشترط على المدينين التنازل مقدما عن التمسك بالمقاصة
فيه قد ينشأ نهم في المستقبل من حقوق في ذمة دائتيهم .

٥٦ - آثار المقاصة :

المقاصة وفاء زدوج لأن كل طرف من الطرفين يوفي دينه بحقه .
ولكن إذا اختلف مقدار الدينين ، وهذا هو الغالب ، فإن انقضاءهما يكون
بقدر الأقل منهما ، ومعنى ذلك أن الدين الأكبر لا ينقضي بتمامه بل بقدر
م يقابله من الدين الأصغر ، ولذا تعتبر المقاصة إحدى الحالات الاستثنائية
التي يجيز فيها المشرع الوفاء الجزئي دون حاجة إلى رضا الدائن بذلك .

والمقاصة القانونية لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولذا
يستمع على القاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه ، بل إن السكوت عن
التمسك بها من صاحب المصلحة فيها ما يعتبر نزولا ضميا عنها ، والنزول
عن المقاصة جائز بعد ثبوت الحق فيها في القانون المصري ومن باب أولي
في القانون اللبناني ، لأن هذا القانون الأخير يجيز النزول عنها حتى قبل
توافر شروطها .

ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين لا من وقت التمسك بها ، بل
من الوقت الذي أصبح فيه صالحين للمقاصة ، ويترتب على ذلك أنه إذا
كان أحد الدينين يغل فائدة ، فلا تحسب الفائدة عن المدة ما بين توافر
شروط المقاصة ووقت التمسك بها ، لأن هذا الدين يعتبر قد انقضى من
وقت الصلاحية للمقاصة .

المبحث الرابع

اتحاد الذمة

٤٥٧ - التعريف باتحاد الذمة واقسامه :

اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة الى دين واحد . واتحاد الذمة لا يقتصر على الالتزامات أو الحقوق الشخصية وحدها ، بل يتناول كذلك الحقوق العينية ، ويسى في هذه الحالة « بالادغام » (راجع المادة ٣٧٠ مدني و ٣٣٧ موجبات) .

٤٥٨ - اتحاد الذمة في الحقوق العينية :

قد تتجزأ عناصر الملكية فيكون لشخص حق الانتفاع وآخر حق الرقبة ، فاذا توفي الثاني وورثه الأول تجمعت هذه العناصر لشخص واحد ، وزال حق الانتفاع الذي كان مقررا على عقار الغير .

٤٥٩ - اتحاد الذمة في الحقوق الشخصية :

ينقضي الدين أي الحق الشخصي باتحاد الذمة اذا خلف الدائن المدين ، أو خلف المدين الدائن ، لأنه لا يجوز أن يكون الشخص دائنا لنفسه أو مدينا لها . واتحاد الذمة يقع حال الحياة أو بسبب الوفاة .

٤٦٠ - اتحاد الذمة حال الحياة :

من الأمثلة على اتحاد الذمة حال الحياة شراء شركة السندات التي سبق لها اصدارها ، لأن شراء هذه السندات - وهي ديون على الشركة - يجتمع في هذه الأخيرة صفة الدائن والمدين .

٤٦١ - اتحاد الذمة بسبب الوفاة :

يقع اتحاد الذمة بسبب الوفاة اذا كان المدين وارثا للدائن وتوفى هذا الأخير ، اذ يصبح المدين دائئا لنفسه ، فينقضي الدين باجتماع الصفتين فيه .

كذلك يقع اتحاد الذمة اذا توفى المدين فورثه الدائن ، غير أن هذه الصورة من صور اتحاد الذمة تعطلها القاعدة الشرعية التي تقضي « بألا تركه الا بعد سداد الديون » ، اذ وفقا لهذه القاعدة لا يرث السوارث ديون مورثه ، بل يتعين سداد هذه الديون أولا من التركة قبل انتقالها الى الوارث ، وعلى ذلك إذا مات المورث مدينا لوارثه ، استوفى الوارث أولا دينه من التركة باعتباره دائئا ، وما يتبقى من حقوق التركة بعد ذلك ينتقل اليه باعتباره وارثا .

٤٦٢ - زوال سبب اتحاد الذمة :

اتحاد الذمة يعتبر في الواقع مجرد مانع يحول دون المطالبة بالدين ، وعلى ذلك اذا زال السبب الذي أدى الى اتحاد الذمة عاد الدين الى الوجود واعتبر كأن لم ينقض أبدا ، فمثلا اذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذي له في ذمته ، ثم أبطلت الوصية ، عاد الدين الموصى به الى الوجود بأثر رجعي .

الفرع الثالث

انقضاء الالتزام دون وفاء

٤٦٣ - اسباب ثلاثة :

ينقضي الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء بأحد أسباب ثلاثة وهي : الإبراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم المسقط .

البحث الأول

الإبراء

٤٦٤ - التعريف بالإبراء :

الإبراء تصرف قانوني به ينقضي الالتزام دون مقابل • والإبراء يتم في التقنين المدني المصري بالإرادة المنفردة للدائن ، أما في القانون اللبناني فيعتبر الإبراء عقدا يتم باتفاق الدائن مع المدين •

٤٦٥ - طبيعة الإبراء وأحكامه :

يعتبر الإبراء من أعمال التبرع • ويترتب عليه إذا تناول التزام المدين انقضاء هذا الالتزام وانقضاء التأمينات التي كانت له ، سواء أكانت تأمينات شخصية كالكفالة أم عينية كالرهن •

أما إذا اقتصر الإبراء على التزام الكفيل فلا تبرأ ذمة المدين ، لأن الأصل لا يأخذ حكم القرض (راجع المواد ٣٧١ و ٣٧٢ مدني و ٣٣٨ موجبات) •

البحث الثاني

استحالة التنفيذ

٤٦٦ - انقضاء الالتزام بالاستحالة :

إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا على المدين لسبب أجنبي ، فإن هذا الالتزام ينقضي (م ٣٧٣ مدني و ٣٤١ و ٣٤٢ موجبات) • غير أنه يشترط لانقضاء الالتزام في هذه الحالة ما يأتي :

أولا - أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا على المدين استحالة تامة ،

لأنه إذا أصبح مرهقاً له فقط ، فلا يكون من شأن هذا الإرهاق أن يؤدي إلى انقضاءه . وإن أدى إلى الحد المعقول وفقاً لنظرية الظروف الطارئة .

ثانياً - أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للدين فيه كالقوة القاهرة أو خطأ الغير . أما إذا لم يثبت المدين أن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي ، فإن الالتزام لا ينقضي وإن أصبح تنفيذه عينا مستحيلاً ، ويتعين في هذه الحالة الالتجاء إلى التنفيذ بمقابل، أي التنفيذ بطريق التعويض .

٤٦٧ - الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ :

يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه . انقضاء الالتزام وما يتبعه من تأمينات عينية أو شخصية ، وبرائة ذمة المدين براءة تامة . بمعنى أنه لا يجوز الرجوع عليه بالتعويض ، لأن القرض أن الاستحالة ليست راجعة إلى خطئه .

والذي يتحمل تبعه هذه الاستحالة في العقود الملزمة للجانبين هو المدين ، فإذا استحال على البائع تسليم المبيع - وهو مدين بذلك - انقضى هذا الالتزام وانقضى بالتالي التزام المشتري بدفع الثمن . أما في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة فتكون تبعه الاستحالة على الدائن أي المودع .

البحث الثالث

التقادم المسقط

٤٦٨ - التعريف بالتقادم المسقط :

التقادم المسقط (prescription extinctive) دفع موجه إلى دعوى

الدائن . يؤدي الى سقوط حق المطالبة بالدين إذا تمسك به من له مصلحة فيه .

وترجع علة تقرير التقادم المسقط الى اعتبارات تتعلق بالنظام العام والأمن المدني في الجماعة . فمن مصلحة الجماعة تصفية المراكز القديمة ومنع إثارة المنازعات في شأن عقود أو وقائع قدم عليها العهد بحيث يغلب فقد السندات الخاصة بها أو استحالة تذكرها . مما يتعذر معه على القضاء تبين وجه الحق فيها .

ويضاف الى هذا الاعتبار الذي تسنده مصلحة الجماعة ، اعتبار آخر تسنده مصلحة المدين ويبرره اهـال الدائن : ذلك أن في السكوت عن المطالبة بالحق قرينة على الوفاء . مما يرفع الحرج عن المدين فلا يضطر الى الاحتفاظ بالمخالصة بالدين الى ما لا نهاية . بل يكفيه احتفاظه بها طوال المدة التي قررها المشرع لسقوط حق المطالبة .

على أن قرينة الوفاء المستمدة من سكوت الدائن عن المطالبة بحقه مدة معينة ، ليست هي الوجه الوحيد من أوجه رعاية المدين على حساب الدائن الممهّل . بل هناك وجه آخر يتسل في منع تراكم الديون على المدين مما قد يؤدي الى تكليفه بما يجاوز طاقته (راجع المواد ٣٧٤ - ٣٨٨ مدني و ٣٤٤ - ٣٦١ موجبات) .

٤٦٩ - مدد التقادم :

الأصل في الالتزام أن ينقضي بالتقادم الطويل أو التقادم العادي كما يسمى أيضا ، ومدة هذا التقادم خمس عشرة سنة ميلادية في القانون المصري ، وعشر سنوات ميلادية في القانون اللبناني .

والتقادم الطويل هو الأصل كما ذكرنا ، بمعنى أنه في جميع الحالات التي لم ينص فيها المشرع على مدة أقصر يتقادم الالتزام بمضي المدة الطويلة ، كما يتقادم بها الالتزام كذلك اذا تخلف شرط من شروط التقادم القصير .

٤٧٠ - التقادم القصير :

اذا كان الأصل هو تقادم الالتزام بمضي المدة الطويلة ، الا أن هناك حالات ينص فيها المشرع على تقادم الالتزام بمدة أقصر من ذلك ، وسنشير هنا الى بعضها فقط .

٤٧١ - التقادم الخمسي :

يسري التقادم الخمسي على ثلاثة أنواع من الحقوق : هي الحقوق الدورية المتجددة ، وحقوق أصحاب المهن الحرة ، والحقوق الناشئة من الأوراق التجارية .

ويقصد بالدورية في النوع الأول أن الحق يستحق في ميعاد دوري معين ، كان يستحق كل اسبوع أو كل شهر أو كل سنة أو كل وحدة زمنية أخرى اتفق عليها بشرط ألا تزيد على سنة في القانون اللبناني . ويقصد بالتجدد أن الحق يستحق في موعده الدوري الى ما لا نهاية ، ما دام مصدره قائماً .

ومثال الحقوق الدورية المتجددة أجرة المباني والأراضي الزراعية ، والفوائد ، والإيرادات المرتبة ، والمهايا والأجور والمعاشات ، وريع الأسهم . أما حقوق بعض أصحاب المهن الحرة وقد ورد ذكرهم على سبيل الحصر ، فيجب أن تكون واجبة لهؤلاء الأشخاص جزاء ما أدوه من عنى من أعمال مهنتهم ، وهؤلاء هم : الأطباء والصيادلة والمحامون والمهندسون والخبراء ووكلاء التغطية والسماسرة والاساتذة والمعلمون .

أما الحقوق الناشئة من الأوراق التجارية فالمقصود بها الكمبيالات وهي تعتبر دائماً أعمالاً تجارية ، ولو كانت تمثل ديناً مدنياً ، والسندات تحت الاذن أو لحاملها اذا كانت محررة من تاجر أو بسبب أعمال تجارية (١) .

٤٧٢ - التقادم بستين والتقادم الحولي :

بعض أنواع الحقوق تقادم بستين في القانون اللبناني وبسنة واحدة في القانون المصري ، من ذلك حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في مثل هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم من أجر الإقامة وثمان الطعام ، وحقوق العمال والخدم والاجراء .

٤٧٣ - كيفية احتساب المدة :

تحسب مدة التقادم بالتقويم الميلادي ، وهي تحسب بالأيام لا بالساعات ، ولا يدخل في حسابها اليوم الأول وهو يوم استحقاق الدين ، وتنتهي المدة بانقضاء اليوم الأخير منها .

٤٧٤ - وقف التقادم :

يوقف التقادم أي يتعطل سريانه اذا وجد مانع يتعذر معه على الدائن المطالبة بحقه ، على أن يعود التقادم سيرته الأولى متى زال هذا المانع ، ولا يدخل بطبيعة الحال في حساب المدة الفترة التي وقف التقادم في أثناءها . وقد يوقف التقادم لسبب مادي كحرب أو ثورة يترتب عليها انقطاع

(١) تقادم بثلاث سنوات الدعاوى المصرفية على المسحوب عليه القابل للسند في القانون اللبناني (م ٣٦٨ تجاري) .

المواصلات واستحالة اتخاذ الاجراءات القضائية للمطالبة بالحق ، أو لسبب قانوني كالعلاقة بين الأصيل والنائب كالعلاقة بين المحجور عليه والقيم ، ما بقي هذا الأخير قائما على الادارة ، وكالعلاقة بين الموكل والوكيل ، أو لسبب أدبي كعلاقة الزوج بزوجه أثناء قيام الزوجية ، وعلاقة الأب أو الأم بأولادهما ، وعلاقة السيد بخادمه .

هذا وينفرد التقادم الطويل علاوة على ما تقدم بسبب خاص من أسباب الوقف في القانون المصري هو أن يكون الدائن ناقص أو عديم الأهلية أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جنائية ، وليس له نائب يمثله قانونا . أما في القانون اللبناني فيوقف التقادم أيا كانت مدته ، لهذا السبب من أسباب الوقف .

٤٧٥ - انقطاع التقادم :

ينقطع التقادم بأسباب معينة أهمها المطالبة القضائية بالحق أي رفع الدعوى به ، أو أي اجراء مسائل كتقادم الدائن بطلب لقبول حقه في تفليسه أو طلب شهر افلاس المدين . وكذلك بالتنبيه بالوفاء وهو تكليف المدين على يد محضر بأداء ما هو مطلوب منه ، وانذاره باجراء التنفيذ الجبري اذا لم يتم بأدائه ، أو بقيام الدائن بالحجز على أموال المدين . أخيرا وليس آخره ينقطع التقادم باقرار المدين .

٤٧٦ - اثر انقطاع التقادم :

يؤدي الانقطاع الى محو ما انقضى من مدة التقادم قبل قيام سببه ، على أن يبدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على قيام سبب الانقطاع . فإذا أقر المدين بالمدين مثلا انقطع التقادم وزالت المدة السابقة على الاقرار ، وبدأ تقادم جديد .

والأصل أن مدة التقادم الجديد هي مدة التقادم الأول ، إلا أنه في بعض الحالات يتحول التقادم ، أي تتغير مدته ، فمثلا إذا انقطع التقادم بإقرار المدين ، وكان الحق يتقادم بسنة واحدة ، فإن مدة التقادم الجديد تكون خمس عشرة سنة ، لأنه بالإقرار تنهدم قرينة الوفاء التي كان يقوم عليها هذا التقادم الحولي .

٤٧٧ - التفرقة بين التقادم ومواعيد السقوط :

من المواعيد التي نص عليها المشرع ما لا تنصرف إليها أحكام التقادم السابق الإشارة إليها ، فلا تقبل مثلا الوقف أو الانقطاع ، ويطلق عليها اسم مواعيد السقوط . ومن الأمثلة عليها ميعاد السنة الواجب رفع دعوى الاستغلال فيها والا كانت غير مقبولة (م ١٢٩ / ٢ مدني) ، وميعاد الثلاث سنوات المحدد لجواز استرداد المنقول الضائع أو المسروق (م ١ / ٩٧٧ مدني) .

تم بفضل الله وعونه

(١٧ شوال ١٣٩٣ - ١١ نوفمبر ١٩٧٣)

القهرس

تنويه

خطة البحث

١ - موضوعات الدراسة

القسم الأول

القانون

مقدمة

- (٣) - الغرض من دراسة علم أصول القانون . ٤ - التعريف
بالقانون وخصائصه . ٥ - الخصيصة الأولى - القانون
مجموعة قواعد اجتماعية . ٦ - الخصيصة الثانية -
القانون مجموعة قواعد سلوك . ٧ - الخصيصة الثالثة -
أن القانون مجموعة قواعد عامة مجردة . ٨ - الخصيصة
الرابعة - أن القانون مجموعة قواعد ملزمة . ٩ - صلة
القانون بعلوم الاجتماع . ١٠ - صلة القانون بعلم
الأخلاق . ١١ - صلة القانون بالدين . ١٢ - القانون بين
المذهبي الفردي والاشتراكي . ١٣ - تقسيم .

السبب الأول

الروابط القانونية

١٤ - أنواع القواعد القانونية

الفصل الأول - القانون العام والقانون الخاص

١٥ - أهمية التفرقة

الفرع الأول - القانون العام

- ١٦ - فروع القانون العام . ١٧ - القانون الدولي العام .
- ١٨ - القانون الدستوري . ١٩ - القانون الإداري .
- ٢٠ - القانون المالي . ٢١ - قانون العقوبات . ٢٢ -
- قانون الإجراءات الجنائية .

الفرع الثاني - القانون الخاص

- ٢٣ - فروع القانون الخاص . ٢٤ - القانون المدني .
- ٢٥ - القانون التجاري . ٢٦ - القانون البحري .
- ٢٧ - القانون الجوي . ٢٨ - قانون العمل . ٢٩ - قانون
- المرافعات . ٣٠ - القانون الدولي الخاص .

الفصل الثاني - القواعد الآمرة والقواعد الملزمة

- ٣١ - تقسيم القواعد القانونية بحسب قوتها الملزمة .
- ٣٢ - القواعد الآمرة . ٣٣ - القواعد الملزمة . ٣٤ -
- معايير التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد الملزمة .
- ٣٥ - الطريق الأول - صياغة النص . ٣٦ - الطريق
- الثاني - مضمون النص . ٣٧ - النظام العام والآداب .

الباب الثاني

مصادر القانون

- ٣٨ - المصادر المادية و المصادر الرسمية . ٣٩ - تطور
- المصادر الرسمية . ٤٠ - المصادر الأصلية والمصادر
- الإحتياطية . ٤١ - تقسيم .

الفصل الأول - المصادر الرسمية

- ٤٢ - بيان هذه المصادر

الفرع الأول - المصدر الأصلي - التشريع

٤٣ - تقسيم

المبحث الأول - التعريف بالتشريع وخصائصه

٥٠

٤٤ - التعريف بالتشريع . ٥٥ - مزايا التشريع . ٤٦ -
عيوب التشريع .

٥٢

المبحث الثاني - أنواع التشريع

٤٧ - تدرج التشريعات من حيث القوة . ٤٨ - التشريع
الأساسي . ٤٩ - التشريع الرئيسي . ٥٠ - التشريع
الفرعي .

٥٥

المبحث الثالث - سن التشريع ونفاذه

٥١ - سن التشريع . ٥٢ - حالة الضرورة . ٥٣ - حالة
التفويض . ٥٤ - حالة الاستعجال في القانون اللبناني .
٥٥ - نفاذ التشريع . ٥٦ - الإصدار . ٥٧ - النشر .

٦٠

الفرع الثاني - المصادر الاحتياطية (٤)

٥٨ - تحديد هذه المصادر

٦١

المبحث الأول - الدين

٥٩ - الدين كمصدر رسمي للقانون . ٦٠ - الدين
الإسلامي كمصدر رسمي للقانون في مصر . ٦١ - الدين
كمصدر رسمي للقانون في لبنان .

٦٥

المبحث الثاني - العرف

٦٢ - مركز العرف بالنسبة لغيره من المصادر . ٦٣ -
مزايا العرف وعيوبه .

٦٧

المطلب الأول - التعريف بالعرف وشروطه

٦٤ - التعريف . ٦٥ - شروط العرف . ٦٦ - تركيز
المادي - الاعتقاد على عادة معينة . ٦٧ - الركن المعنوي -
الاعتقاد في لزوم العادة . ٦٨ - التمييز بين عرف وعيد

- العادة الاتفاقية . ٦٩ - نتائج التمييز بين الصرف وبين
العادة الاتفاقية .
- ٧٣ **المطلب الثاني - مركز العرف بالنسبة الى التشريع**
- ٧٠ - منزلة العرف في القوانين الحديثة . ٧١ - تقسيم .
- ٧٤ **١ - نتائج تآخر مرتبة العرف عن التشريع**
- ٧٢ - عدم قدرة العرف على الغاء نص تشريعي . ٧٣ -
عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي آمر . ٧٤ -
جواز مخالفة العرف للنصوص المكملية .
- ٧٧ **٢ - دور العرف بجانب التشريع**
- ٧٥ - تحديد دور العرف كمصدر تكميلي . ٧٦ - العرف
المكمل للتشريع . ٧٧ - العرف المعاون للتشريع .
- ٧٨ **٣ - اثر العرف في تكوين فروع القانون المختلفة**
- ٧٨ - اختلاف اثر العرف باختلاف فروع القانون .
٧٩ - اثر العرف في القانون الدستوري . ٨٠ - اثر العرف
في القانون الاداري . ٨١ - اثر العرف في القانون الدولي
العام . ٨٢ - اثر العرف في القانون الجنائي . ٨٣ - اثر
العرف في القانون المدني . ٨٤ - اثر العرف في القانون
التجاري .
- ٨١ **المبحث الثالث - مبادئ الشريعة الاسلامية**
- ٨٥ - اختلاف الوضع في مجال الاحوال الشخصية عنه في
مسائل المعاملات .
- ٨٢ **المبحث الرابع - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**
- ٨٦ - الفرض من الاجالة الى مبادئ القانون الطبيعي
وقواعد العدالة . ٨٧ - المقصود بالقانون الطبيعي وقواعد
العدالة .
- ٨٥ **الفصل الثاني - المصادر التفسيرية**
- ٨٨ - المقصود بالتفسير . ٨٩ - الفقه . ٩٠ - القضاء .

٩١ - المقارنة بين عمل الفقه وعمل القضاء في تفسير القانون .

الباب الثالث

٨٩ تطبيق القانون

٩٢ - تقسيم

٩١ الفصل الأول - نطاق القاعدة القانونية بالنظر الى المعاطين باحكامها

٩٣ - مبدأ امتناع الاعتذار بجعل القانون . ٩٤ -
الاستثناء الذي يرد على المبدأ .

٩٥ الفصل الثاني - نطاق القاعدة القانونية من حيث المكان

٩٥ - اقليمية القوانين وشخصية القوانين . ٩٦ -
الاستثناءات من مبدأ اقليمية القوانين .

٩٦ الفصل الثالث - نطاق القاعدة القانونية من حيث الزمان

٩٧ - تمهيد

٩٩ الفرع الأول - إلغاء القاعدة القانونية

٩٨ - المقصود بالإلغاء

١٠٠ المبحث الأول - أنواع الإلغاء

٩٩ - الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني . ١٠٠ - الإلغاء
الصريح . ١٠١ - الإلغاء الضمني . ١٠٢ - التمازض بين
قاعدة جديدة وأخرى قديمة . ١٠٣ - تنظيم نفس
الموضوع من جديد .

١٠٣ المبحث الثاني - السلطة التي تملك الإلغاء

١٠٤ - يملك الإلغاء من يملك الإنشاء . ١٠٥ - الأمر
المرتبط على تدرج مصادر القانون .

١٠٤ الفرع الثاني - تنازع القوانين في الزمان

١٠٦ - وجه المشكلة . ١٠٧ - الاعتبارات التي يقوم عليها

صفحة

مبدأ عدم رجعية القوانين . ١٠٨ - الاستثناءات من مبدأ عدم رجعية القوانين .

القسم الثاني الحق

١٠٩

مقدمة

١٠٩ - التعريف بالحق . ١١٠ - خطة البحث .

الباب الأول

١١١

انواع الحق

١١١ - تقسيم . ١١٢ - الحقوق السياسية . ١١٣ -
الحقوق المدنية . ١١٤ - الحقوق العامة . ١١٥ -
الحقوق الخاصة . ١١٦ - حقوق الأسرة . ١١٧ -
الحقوق المالية .

١١٥

الفصل الأول - الحق العيني

١١٨ - التعريف بالحق العيني .

١١٥

الفرع الأول - الحقوق العينية الأصلية

١١٩ - التعريف بالحق العيني الأصلي . ١٢٠ - حق
الملكية . ١٢١ - الحقوق المتفرعة عن الملكية . ١٢٢ -
حق الانتفاع . ١٢٣ - حق الاستعمال وحق السكنى .
١٢٤ - حق الحكر . ١٢٥ - حق الارتفاق .

١١٨

الفرع الثاني - الحقوق العينية التبعية

١٢٦ - الفرض من تقرير هذه الحقوق . ١٢٧ - الرهن
الرسمي . ١٢٨ - الرهن الحيازي . ١٢٩ - حق
الاختصاص . ١٣٠ - حقوق الامتياز .

١٢٥

الفصل الثاني - الحق الشخصي

١٣١ - التعريف بالحق الشخصي . ١٣٢ - انواع الحق
الشخصي .

الفصل الثالث - الحق المعنوي

- ١٢٣ - التعريف بالحق المعنوي . ١٢٤ - المقصود
بالؤلف . ١٢٥ - انواع المصنف . ١٢٦ - الطبيعة
المزدوجة لحق المؤلف . ١٢٧ - الحق الادبي . ١٢٨ -
الحق المالي .

الباب الثاني اركان الحق

١٢٣

١٢٩ - ركن الحق .

١٢٥

الفصل الأول - اشخاص الحق

١٤٠ - المقصود بالشخص . ١٤١ - تقسيم .

١٢٦

الفرع الأول - الشخص الطبيعي

١٤٢ - الانسان .

١٢٦

المبحث الأول - مدة الشخصية

١٤٣ - بدء الشخصية . ١٤٤ - القيد الأول - الولادة
حيا . ١٤٥ - القيد الثاني - الجنين . ١٤٦ - نهاية
الشخصية . ١٤٧ - المفقود . ١٤٨ - ما يترتب على
الحكم باعتبار المفقود ميتا . ١٤٩ - ظهور حياة المفقود .

١٤٠

المبحث الثاني - مميزات الشخصية

١٥٠ - تقسيم .

١٤١

المطلب الأول - الحالة

١٥١ - التعريف بالحالة . ١٥٢ - انتساب الشخص الى
دولة معينة . ١٥٣ - انتساب الشخص الى أسرة معينة .
١٥٤ - انتساب الشخص الى دين معين .

١٤٥

المطلب الثاني - الاسم

١٥٥ - المقصود بالاسم وتكوينه . ١٥٦ - طبيعة حق

الإنسان على اسمه . ١٥٧ - ثبات الاسم . ١٥٨ - حماية
الاسم . ١٥٩ - الاسم التجاري .

١٤٨

المطلب الثالث - الوطن

١٦٠ - التعريف بالوطن وتحديدده . ١٦١ - أنواع الوطن .
١٦٢ - موطن الأعمال . ١٦٣ - موطن ناقص الأهلية
بالنسبة لما يعتبر اهلا لمباشرته من تصرفات . ١٦٤ -
الوطن المختار .

١٥١

المطلب الرابع - الذمة المالية

١٦٥ - التعريف بالذمة المالية وأهميتها .

١٥٢

المبحث الثالث - الأهلية

١٦٦ - موضوعات البحث .

١٥٣

المطلب الأول - مبادئ الأهلية

١٦٧ - أهلية الرجوب وأهلية الأداء . ١٦٨ - اتصال
احكام الأهلية بالنظام العام . ١٦٩ - عبء اثبات عدم
الأهلية أو نقصها .

١٥٥

المطلب الثاني - العوامل التي تتأثر بها الأهلية

١٧٠ - بيان هذه العوامل .

١٥٥

١ - السن

١٧١ - تدرج الأهلية وفقا للسن . ١٧٢ - الاستثناءات
من القاعدة العامة في شأن أهلية الصبي المميز . ١٧٣ -
سن الرشد .

١٥٩

٢ - عوارض الأهلية

١٧٤ - بيان العوارض . ١٧٥ - الجنون . ١٧٦ - الصته .
١٧٧ - السفه والفتلة .

١٦٣

٣ - موانع الأهلية

١٧٨ - بيان الموانع . ١٧٩ - الغيبة . ١٨٠ - الحكم
بمقوبة جنابة . ١٨١ - الماعة .

صفحة

- ١٦٦ الفرع الثاني - الشخص المعنوي او الاعتباري
- ١٨٢ - الحاجة الى الشخصية المعنوية . ١٨٣ - التعريف بالشخص المعنوي . ١٨٤ - تقسيم .
- ١٦٨ البحث الاول مدى الشخصية المعنوية
- ١٨٥ - اهلية وجوب الشخص المعنوي .
- ١٧٠ البحث الثاني - ابتداء وانتهاء الشخصية المعنوية
- ١٨٦ - بدء الشخصية المعنوية . ١٨٧ - انتهاء الشخصية المعنوية .
- ١٧٢ البحث الثالث - انواع الشخص المعنوي
- ١٨٨ - تقسيم الشخص المعنوي الى عام وخاص .
- ١٨٩ - الأشخاص المعنوية العامة . ١٩٠ - الأشخاص المعنوية الخاصة .
- ١٧٤ البحث الرابع - مظاهر الشخصية المعنوية
- ١٩١ - بيان هذه المظاهر . ١٩٢ - الاسم . ١٩٣ - الوطن . ١٩٤ - الحالة . ١٩٥ - النمة .
- ١٧٧ الفصل الثاني - محل الحق
- ١٩٦ - تمهيد .
- ١٧٨ الفرع الاول - الأعمال
- ١٩٧ - شروط العمل بوصفه محلا للحق . ١٩٨ - شرط الامكان . ١٩٩ - شرط التمييز . ٢٠٠ - شرط المبرورية .
- ١٨٠ الفرع الثاني - الأشياء
- ٢٠١ - التمييز بين الأموال والأشياء .
- ١٨٠ البحث الاول - الأشياء القابلة للتعامل فيها
- ٢٠٢ - الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها . ٢٠٣ - الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها . ٢٠٤ - الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون .

صفحة

١٨٢	البحث الثاني - تقسيمات الأشياء
	٢٠٥ - الأشياء المادية .
١٨٢	المطلب الأول - العقارات والمنقولات
	٢٠٦ - أساس التفرقة بين العقار والمنقول . ٢٠٧ -
	أهمية تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات .
١٨٤	١ - العقارات
	٢٠٨ - الأصل والاستثناء . ٢٠٩ - العقار بالطبيعة .
	٢١٠ - العقار بالتخصيص . ٢١١ - علة اعتبار المنقول
	عقارا بالتخصيص .
١٨٧	٢ - المنقولات
	٢١٢ - الأصل والاستثناء . ٢١٣ - المنقول بالطبيعة
	٢١٤ - المنقول بحسب المال .
١٨٩	المطلب الثاني - الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك
	٢١٥ - أساس التفرقة . ٢١٦ - فائدة التفرقة .
١٩٠	المطلب الثالث - الأشياء المثلية والأشياء القيمية
	٢١٧ - أساس التفرقة . ٢١٨ - أهمية التفرقة .
	الباب الثالث
١٩٢	مصادر الحق وأبناؤه
	٢١٩ - تقسيم .
١٩٥	الفصل الأول - مصادر الحق
	٢٢٠ - مصدر الحق . ٢٢١ - الواقعة الطبيعية .
	٢٢٢ - الواقعة الاختيارية . ٢٢٣ - العمل المادي .
	٢٢٤ - العمل القانوني .
١٩٩	الفصل الثاني - إثبات الحق
	٢٢٥ - المبادئ التي تحكم الإثبات . ٢٢٦ - طرق
	الإثبات . ٢٢٧ - الإثبات بالكتابة . ٢٢٨ - الإثبات
	بشهادة الشهود . ٢٢٩ - القرائن . ٢٣٠ - الإقرار .
	٢٣١ - اليمين .

القسم الثالث مبادئ نظرية الالتزام

٢٠٢ مقدمة

- ٢٣٢ - التعريف بالالتزام . ٢٣٣ - مصادر الالتزام .
٢٣٤ - تقسيم .

الباب الأول العقد

٢٠٥ تمهيد

- ٢٣٥ - التعريف بالعقد . ٢٣٦ - تقسيمات العقود .
٢٣٧ - العقود الرضائية والشكلية والعينية . ٢٣٨ -
العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين .
٢٣٩ - عقود المعاوضة وعقود التبرع . ٢٤٠ - العقود
المحددة والعقود الاحتمالية . ٢٤١ - العقود الفورية
والعقود الممتدة . ٢٤٢ - العقود المسماة والعقود غير
المسماة . ٢٤٣ - العقود البسيطة والعقود المختلطة .
٢٤٤ - منهج البحث .

٢١٣ الفصل الأول - انعقاد العقد

- ٢٤٥ - أركان العقد .

٢١٣ الفرع الأول - التراضي

- ٢٤٦ - بيان الموضوعات .

٢١٣ المبحث الأول - طرفا العقد

- ٢٤٧ - الأهلية والنيابة في التعاقد .

٢١٤ المطلب الأول - الأهلية

- ٢٤٨ - أهلية الوجوب وأهلية الاداء .

المطلب الثاني - النيابة في التعاقد

٢٤٩ - التعريف بالنيابة .

١ - شروط وجود النيابة

٢٥٠ - بيان الشروط - ٢٥١ - الشرط الأول - احلال ارادة النائب محل ارادة الاصيل . ٢٥٢ - الشرط الثاني - العلم بالنيابة . ٢٥٣ - الشرط الثالث - التزام النائب حدود النيابة .

٢ - احكام النيابة

٢٥٤ - الآثار التي تترتب على التعاقد بطريق النيابة .

المبحث الثاني - وجود التراضي

٢٥٥ - معنى التراضي . ٢٥٦ - التعبير عن الارادة . ٢٥٧ - التعبير الصريح والتعبير الضمني . ٢٥٨ - التعبير عن الايجاب . ٢٥٩ - التعبير عن القبول . ٢٦٠ - هل يعتبر السكوت قبولاً ؟ ٢٦١ - القبول في عقود المزارع . ٢٦٢ - القبول في عقود الاذعان . ٢٦٣ - تبادل التعبير عن الارادة . ٢٦٤ - الوعد بالتعاقد . ٢٦٥ - التعاقد بالعريون . ٢٦٦ - التعاقد بين غائبين .

المبحث الثالث - عيوب الرضاء

٢٦٧ - الارادة غير الموجودة والارادة المعيبة .

المطلب الأول - الغلط

٢٦٨ - التعريف بالغلط . ٢٦٩ - الغلط الجوهرى . ٢٧٠ - الغلط الداخلى في نطاق المقد .

المطلب الثاني - التدليس

٢٧١ - التعريف بالتدليس . ٢٧٢ - عناصر التدليس . ٢٧٣ - العنصر الأول - استعمال الحيلة . ٢٧٤ - العنصر الثاني - نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع . ٢٧٥ - العنصر الثالث - ان تكون الحيلة مؤثرة . ٢٧٦ - التدليس الصادر من اجنبى عن المقد .

- ٢٧٧ - التعريف بالاكراه . ٢٧٨ - عناصر الاكراه .
 ٢٧٩ - العنصر الأول - بحث الرهبة . ٢٨٠ - العنصر
 الثاني - عدم مشروعية الرهبة . ٢٨١ - انبعاث الرهبة
 عن اكراه صادر من الغير او من ظروف تهيات مصادفة .

- ٢٨٢ - الاستغلال والفبن . ٢٨٣ - عناصر الاستغلال .
 ٢٨٤ - العنصر المادي . ٢٨٥ - العنصر النفسي . ٢٨٦ -
 جزاء الاستغلال . ٢٨٧ - حالات الفبن المادية .

- ٢٨٨ - التعريف بالمحل . ٢٨٩ - شروط المحل - احالة.

- ٢٨٩ مكرر - سبب العقد وسبب الالتزام . ٢٩٠ -
 شروط سبب العقد . ٢٩١ - شروط سبب الالتزام .

- ٢٩٢ - الصحة والبطالان المطلق والبطالان النسبي .
 ٢٩٣ - من له التمسك بالبطالان . ٢٩٤ - الاجازة .
 ٢٩٥ - التقادم . ٢٩٦ - اثر تقرير البطلان .

- ٢٩٧ - قصور حكم العقد على عاقديه .

- ٢٩٨ - الخلف العام والخلف الخاص .

- ٢٩٩ - القاعدة العامة في شأن انصراف اثر العقد الى
 الخلف العام . ٣٠٠ - الاستثناءات الواردة على القاعدة.

صفحة

٢٠١ - متى يأخذ الخلف العام حكم الغير بالنسبة الى
تصرفات السلف ؟

٢٤٦ المبحث الثاني - الخلف الخاص

٢٠٢ - تحديد مركز الخلف الخاص .

٢٤٧ الفرع الثاني - اثر العقد بالنسبة الى الغير

٣٠٣ - القاعدة العامة في شأن عدم انصراف آثار العقد
الى الغير .

٢٤٧ المبحث الاول - التعهد عن الغير

٣٠٤ - ماهية التعهد عن الغير . ٣٠٥ - شروط التعهد
عن الغير . ٣٠٦ - احكام التعهد عن الغير .

٢٤٩ المبحث الثاني - الاشتراط لمصلحة الغير

٣٠٧ - التعريف بالاشتراط لمصلحة الغير . ٣٠٨ -
شروط قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ٣٠٩ - آثار
الاشتراط لمصلحة الغير . ٣١٠ - علاقة المشرط والمتعهد .
٣١١ - علاقة المشرط بالمنفع . ٣١٢ - علاقة المتعهد
بالمنفع . ٣١٣ - حق المشرط في تقض المشاركة .

٢٥٣ الفصل الثالث - تنفيذ العقد و زوال الرابطة التعاقدية

٣١٤ - القوة الملزمة للعقد .

٢٥٣ الفرع الاول - تنفيذ العقد

٣١٥ - تحديد الموضوع .

٢٥٤ المبحث الاول - تفسير العقد

٣١٦ - قواعد التفسير . ٣١٧ - وضوح عبارة العقد .
٣١٨ - غموض عبارة العقد . ٣١٩ - حالة الشك في
التعرف على الإرادة المشتركة . ٣٢٠ - التفسير في عقود
الاذعان .

المبحث الثاني - تحديد مضمون العقد

- ٣٢١ - استكمال العقد . ٣٢٢ - طبيعة الالتزام .
- ٣٢٣ - القوانين الكاملة والمفسرة . ٣٢٤ - الصرف .
- ٣٢٥ - العدالة .

المبحث الثالث - احترام قانون العقد

- ٣٢٦ - منهج البحث .

المطلب الأول - القاعدة العامة في شأن قانون العقد

- ٣٢٧ مضمون القاعدة . ٣٢٨ - التزام قانون العقد في
- عدم جواز نقضه أو تعديله إلا بالاتفاق . ٣٢٩ مراعاة
- حسن النية في تنفيذ العقد .

المطلب الثاني - نظرية الظروف الطارئة

- ٣٣٠ - الحاجة الى النظرية . ٣٣١ - شروط الأخذ
- بالنظرية . ٣٣٢ - سلطة القاضي وفقا لهذه النظرية .

الفرع الثاني - جزاء عدم التنفيذ أو المسؤولية العقدية

- ٣٣٣ - اركان المسؤولية . ٣٣٤ - الخطأ . ٣٣٥ - الضرر
- ٣٣٦ - علاقة السببية .

الفرع الثالث - زوال الرابطة التعاقدية

- ٣٣٧ - اسباب زوال الرابطة التعاقدية .

المبحث الأول - فسخ العقد

- ٣٣٨ - التعريف بالفسخ .

المطلب الأول - شروط الفسخ

- ٣٣٩ - بيان الشروط . ٣٤٠ - الشرط الأول - أن يكون
- العقد من العقود التبادلية . ٣٤١ - الشرط الثاني - أن
- يكون طالب الفسخ مقصراً في تنفيذ التزامه وأن يكون قادراً
- على إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد . ٣٤٢ -

الشرط الثالث - ان يكون أحد التعاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه .

٢٦٧ المطلب الثاني - كيفية تقرير الفسخ

٣٤٢ مكرر - الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي .

٢٦٨ ١ - الفسخ القضائي

٣٤٣ - كيف يتقرر الفسخ القضائي . ٣٤٤ - سلطة

القاضي في دعوى الفسخ . ٣٤٥ - حق الدائن في

العدول عن الفسخ وحق المدين في ابقاء الحكم به .

٢٦٩ ٢ - الفسخ الاتفاقي

٣٤٦ - الشرط الفاسخ المصريح .

٢٦٩ المطلب الثالث - آثار فسخ العقد

٣٤٧ - آثار فسخ العقد فيما بين المتعاقدين . ٣٤٨ -

آثار فسخ العقد بالنسبة الى الغير .

٢٧١ المبحث الثاني - انفساخ العقد وتحول التبعة

٣٤٩ - انفساخ العقد . ٣٥٠ - تحمل المدين تبعة

الاستحالة .

٢٧٢ المبحث الثالث - الدفع بعدم التنفيذ

٣٥١ - فكرة الدفع بعدم التنفيذ . ٣٥٢ - شروط التمسك

بالدفع بعدم التنفيذ . ٣٥٣ - أن يكون العقد من العقود

التبادلية . ٣٥٤ - ان تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة

الاداء . ٣٥٥ - مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم

التنفيذ . ٣٥٦ - آثار الدفع بعدم التنفيذ فيما بين

المتعاقدين . ٣٥٧ - آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة الى

الغير . ٣٥٨ - انقضاء الدفع بعدم التنفيذ .

الباب الثاني بعض أحكام الالتزام خطة الدراسة

٢٧٧

٣٥٩ - بيان الموضوعات

٢٧٩

الفصل الأول - آثار الالتزام

٣٦٠ - تقسيم .

٢٧٩

الفرع الأول - الآثار العامة للالتزام

٣٦١ - الضمان العام . ٣٦٢ - خصائص الضمان العام .
٣٦٣ - وسائل حماية حقوق الدائنين . ٣٦٤ - الدعوى غير
المباشرة . ٣٦٥ - الدعوى البوليصة . ٣٦٦ - دعوى
الصورية . ٣٦٧ - الحق في الحبس . ٣٦٨ - تنفيذ
الالتزام .

٢٨٥

البحث الأول - الإعذار

٣٦٩ - المقصود بالإعذار . ٣٧٠ - شكل الإعذار . ٣٧١ -
الآثار التي تترتب على الإعذار . ٣٧٢ - الحالات المستثناة
من ضرورة الإعذار .

٢٨٧

البحث الثاني - التنفيذ العيني

٣٧٣ - الأصل هو التنفيذ العيني . ٣٧٤ - شروط التنفيذ
العيني . ٣٧٥ - أن يكون التنفيذ العيني ممكناً . ٣٧٦ -
أن يكون في التنفيذ العيني أرهاق للمدين . ٣٧٧ - التهديد
المالي أو الفرامة التهديدية . ٣٧٨ - شروط الحكم
بالفرامة التهديدية . ٣٧٩ - الشرط الأول - أن يكون في
الإمكان تنفيذ الالتزام عيناً . ٣٨٠ - الشرط الثاني - أن
يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام
به المدين نفسه . ٣٨١ - مصير الحكم بالفرامة التهديدية .

٢٩١

البحث الثالث - التنفيذ بمقابل أو بالتنفيذ بطريق التحويل

٣٨٢ - حالات التنفيذ بمقابل . ٣٨٣ - نوعا التحويل .
٣٨٤ - كيفية تقدير التحويل .

المطلب الأول - التعويض القضائي

٢٨٥ - التعويض القضائي جزاء المسؤولية المدنية .

المطلب الثاني - التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي

٢٨٦ - تعريف الشرط الجزائي . ٢٨٧ - الأغراض التي يستهدفها المتعاقدان من الشرط الجزائي .
٢٨٨ - شروط اعمال الشرط الجزائي . ٢٨٩ - سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي . ٢٩٠ - تخفيض الشرط الجزائي . ٢٩١ - زيادة الشرط الجزائي .

المطلب الثالث - التعويض القانوني او فوائد التأخير

٢٩٢ - الالتزام بدفع مبلغ من النقود . ٢٩٣ - نوعان من الفوائد . ٢٩٤ - سعر الفائدة . ٢٩٥ - الربح المركب . ٢٩٦ - جواز تخطي حدود الفائدة . ٢٩٧ - جواز تخفيض الفائدة أو إسقاطها .

الفرع الثاني - الآثار الخاصة لبعض الالتزامات او الأوصاف المعدلة

لاثر الالتزام

٢٩٨ - الالتزام البسيط والالتزام الموصوف .

المبحث الأول - الشرط

٢٩٩ - التعريف بالشرط وأنواعه . ٤٠٠ - الشروط الواجب توافرها في الشرط .

المبحث الثاني - الأجل

٤٠١ - التعريف بالأجل . ٤٠٢ - أنواع الأجل .
٤٠٣ - الآثار التي تترتب على إضافة الالتزام الى أجل واقف . ٤٠٤ - انقضاء الأجل . ٤٠٥ - سقوط الأجل .

المبحث الثالث - تعدد محل الالتزام

٤٠٦ - الالتزام التخييري . ٤٠٧ - الالتزام البدلي .

المبحث الرابع - تعدد طرفي الالتزام

٤٠٨ - تعدد الدائنين والمدَّينين .

المطلب الأول - التضامن

٤٠٩ - التضامن الإيجابي والتضامن السلبي . ٤١٠ - مصادر التضامن السلبي . ٤١١ - الآثار التي تترتب على وحدة المحل . ٤١٢ - الآثار التي تترتب على تعدد الروابط . ٤١٣ - الآثار التي تترتب على النيابة التبادلية . ٤١٤ - علاقة المدَّين التضامنين فيما بينهم

المطلب الثاني - عدم قابلية الالتزام للانقسام

٤١٥ - التعريف بالالتزام غير القابل للانقسام . ٤١٦ - أسباب عدم القابلية للانقسام . ٤١٧ - عدم الانقسام الطبيعي . ٤١٨ - عدم الانقسام المشروط . ٤١٩ - آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام .

الفصل الثاني - انتقال الالتزام

٤٢٠ - حوالة الحق وحوالة الدين .

الفرع الأول - حوالة الحق

٤٢١ - التعريف بحوالة الحق . ٤٢٢ - شروط انعقاد ونفاذ الحوالة .

الفرع الثاني - حوالة الدين

٤٢٣ - التعريف بحوالة الدين . ٤٢٤ - شروط انعقاد ونفاذ حوالة الدين . ٤٢٥ - آثار حوالة الدين . ٤٢٦ - صورة خاصة لحوالة الدين .

الفصل الثالث - انقضاء الالتزام

٤٢٧ - أسباب الانقضاء .

الفرع الأول - الوفاء

٤٢٨ - التعريف بالوفاء ونوعاه .

- ٤٢٩ - الموتي . ٤٣٠ - الموتي له . ٤٣١ - محل الوفاء .
٤٣٢ - عدم جواز تجزئة الوفاء . ٤٣٣ - تعدد الدينون
من جنس واحد واحتساب الخصم . ٤٣٤ - زمان
ومكان الوفاء ومصاريفه .

- ٤٣٥ - التعريف بالوفاء مع الطول وفائدته . ٤٣٦ -
حالات الوفاء مع الطول . ٤٣٧ - الطول بالاتفاق مع
الدائن . ٤٣٨ - الطول بالاتفاق مع المدين . ٤٣٩ -
الطول القانوني .

- ٤٤٠ - طرق الانقضاء المعادلة للوفاء .

- ٤٤١ - التعريف بالوفاء بمقابل . ٤٤٢ - الشروط
اللازمة لتحقيق الاعتياض .

- ٤٤٣ - التعريف بالتجديد واتواعه . ٤٤٤ - آثار
التجديد . ٤٤٥ - الاائابة . ٤٤٦ - اتواع الاائابة .

- ٤٤٧ - التعريف بالقاصة وأصبيتها . ٤٤٨ - اتواع
القاصة . ٤٤٩ - شروط القاصة القانونية . ٤٥٠ -
الشرط الأول - أن يكون الدينان بين نفس الشخصين .
٤٥١ - الشرط الثاني - أن يكون الدينان واردين على
نقود أو ممتلكات متحدة في النوع . ٤٥٢ - الشرط
الثالث - أن يكون الدينان خاليين من النزاع . ٤٥٣ -
الشرط الرابع - أن يكون الدينان مستحقين الأداء .
٤٥٤ - الشرط الخامس - أن يكون الدينان صالحين

صفحة

للمطالبة بهما قضاء . ٤٥٥ - الديون التي لا تجوز فيها المقاصة القانونية . ٤٥٦ - آثار المقاصة .

٣٣٧ المبحث الرابع - اتحاد اللمة

٤٥٧ - التعريف باتحاد اللمة وأقسامه . ٤٥٨ - اتحاد اللمة في الحقوق العينية . ٤٥٩ - اتحاد اللمة في الحقوق الشخصية . ٤٦٠ - اتحاد اللمة حال الحياة . ٤٦١ - اتحاد اللمة بسبب الوفاة . ٤٦٢ - زوال سبب اتحاد اللمة .

٣٣٨ الفرع الثالث - انقضاء الالتزام دون وفاء

٤٦٣ - أسباب ثلاثة .

٣٣٩ المبحث الأول - الإبراء

٤٦٤ - التعريف بالإبراء . ٤٦٥ - طبيعة الإبراء وأحكامه .

٣٣٩ المبحث الثاني - استحالة التنفيذ

٤٦٦ - انقضاء الالتزام بالاستحالة . ٤٦٧ - الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ .

٣٤٠ المبحث الثالث - التقادم المسقط

٤٦٨ - التعريف بالتقادم المسقط . ٤٦٩ - مدد التقادم . ٤٧٠ - التقادم القصير . ٤٧١ - التقادم الخمسي . ٤٧٢ - التقادم بسنتين والتقادم الحولي . ٤٧٣ - كيفية احتساب المدة . ٤٧٤ - وقف التقادم . ٤٧٥ - انقطاع التقادم . ٤٧٦ - أثر انقطاع التقادم . ٤٧٧ - التفرقة بين التقادم ومواعيد السقوط .

شركة علاء الدين

للطباعة والتجليد

بجدة - هاتف : ٢٨٣ - ٣

Bibliotheca Alexandrina



0356978